

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ALESSANDRO GALLETTI

**AÇÕES AFIRMATIVAS: MINORIAS ÉTNICAS, LINGUÍSTICAS E
RELIGIOSAS**

MARÍLIA
2017

ALESSANDRO GALLETTI

AÇÕES AFIRMATIVAS: MINORIAS ÉTNICAS, LINGUÍSTICAS E
RELIGIOSAS

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito (Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado), tendo como linha de pesquisa a “Construção do Saber Jurídico”.

Orientador:
Prof. Dr. RICARDO PINHA ALONSO

MARÍLIA
2017

GALLETTI. Alessandro.

Ações Afirmativas: Minorias Étnicas, Linguísticas e Religiosas / Alessandro Galletti; orientador: Ricardo Pinha Alonso. Marília, SP: F.E.E.S.R., 2017.

156 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2017.

1. Direitos Fundamentais 2. Princípio da Igualdade 3. Ações Afirmativas 4. Minorias Étnicas, Linguísticas e Religiosas

CDD: 341.27

ALESSANDRO GALLETTI

AÇÕES AFIRMATIVAS: MINORIAS ÉTNICAS, LINGUÍSTICAS E
RELIGIOSAS

Banca Examinadora da dissertação apresentado ao Programa de Mestrado em Teoria Geral do
Direito e do Estado do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr.

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr.

Marília, ____ de _____ de 2017.

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, aos meus pais Albino “In Memoriam” e Edith, aos meus irmãos Sônia e Júnior e a minha namorada Rosemeire, pois sem eles este trabalho e muitos dos meus sonhos não se realizariam.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela minha vida, a vida dos meus pais, familiares e amigos.

A Fundação de Ensino “Eurípidés Soares da Rocha” por ter me dado a oportunidade de realizar este mestrado.

A todos os professores do curso, que foram tão importante na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta dissertação.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso, pela paciência, dedicação e ensinamentos que possibilitaram que eu realizasse este trabalho.

Agradeço aos meus amigos por confiarem em mim e estarem do meu lado em todos os momentos da vida.

A todos que contribuíram e contribuem na defesa das ações afirmativas como verdadeiros instrumentos de igualação de indivíduos.

GALLETTI, Alessandro. **Ações afirmativas**: minorias étnicas, linguísticas e religiosas. 2017. 156 f. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

RESUMO

O presente trabalho aborda o tema das ações afirmativas consistentes em políticas públicas, que através da desequiparação positiva, permite alcançar a efetiva igualdade substancial. As ações afirmativas serão analisadas a partir do precedente axiológico da igualdade; do preceito histórico-comparado, desde sua formação, culminando no direito comparado e, finalmente quanto a sua natureza e sua experiência no direito brasileiro. Essas políticas públicas consistentes em ações afirmativas permitem reestabelecer as desigualdades decorrentes de fatores naturais e históricos, sociais, econômicos, culturais e políticos enraizadas nas sociedades ao longo dos anos. São políticas públicas de equiparação que visam a transcendência da igualdade formal em igualdade material que absorve e amplia o primeiro conceito. A necessidade de implementação das ações afirmativas somente é compreendida com a interpretação dialógica da dupla concepção do princípio da igualdade que permite demonstrar que só existe tratamento isonômico a partir da constatação de situações de desigualdade ocorrentes. A previsão para a implementação das ações afirmativas se revela em instrumentos internacionais consistentes em acordos e tratados, na experiência estadunidense e na Constituição Federal do Brasil. Apesar disso, a realidade brasileira traduz um alarmante quadro de exclusão social e discriminação como termos interligados a compor um ciclo vicioso em que a exclusão implica discriminação e a discriminação implica exclusão. A superação da distância entre o Brasil normativo –abstrato – e o Brasil real – concreto – é o grande desafio que a nação enfrenta. Fazendo um recorte metodológico, o presente trabalho enfoca o tema das ações afirmativas em face das minorias étnicas, linguísticas e religiosas. No momento da concretização das ações afirmativas voltadas aos grupos vulneráveis e às minorias, essas se mostram mais propícias em atender aos primeiros grupos. A necessidade de se alterar o critério sociológico para o antropológico é imprescindível, pois tantos os grupos vulneráveis como as minorias são grupos discriminados, necessitando de implementações de ações afirmativas para manter viva a identidade étnica, linguística e religiosas das minorias. As ações afirmativas são importantes instrumentos para a erradicação das desigualdades históricas, fomentar a equiparação social e neutralizar as discriminações fáticas em face às minorias, além de propiciarem a sociedade brasileira o que seja a dignidade da pessoa humana e a igualdade de acesso aos direitos e liberdades fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Princípio da Igualdade. Ações Afirmativas. Minorias Étnicas, Linguísticas e Religiosas.

GALLETTI, Alessandro. **Ações afirmativas**: minorias étnicas, linguísticas e religiosas. 2017. 156 f. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

ABSTRACT

The present assignment addresses the theme of affirmative actions consistent in public policies, which through positive desequipation, allows to achieve the effective substantial equality. Affirmative actions will be analyzed from the axiological precedent of equality; of the historical-comparative precept, since its formation, culminating in comparative law, and finally as to its nature and its experience in Brazilian law. These consistent public policies in affirmative actions allow us to reestablish the inequalities arising from natural and historical, social, economic, cultural and political factors rooted in societies over the years. They are public policies of assimilation that aim at the transcendence of formal equality to material equality that absorbs and expands the first concept. The necessity of implementation of affirmative actions is understood only with the dialogic interpretation of the dual conception of the principle of equality that allows to demonstrate that there is only isonomic treatment based on the observation of situations of inequality that occur. The prediction for the implementation of affirmative actions is revealed in international instruments consisting of agreements and treaties, on American experience and Federal Constitution of Brazil. Despite this, Brazilian reality translates an alarming framework of social exclusion and discrimination as interconnected terms to compose a vicious cycle in which exclusion implies discrimination and discrimination implies exclusion. The overcoming of the distance between normative-abstract Brazil to real- concrete Brazil - is the great challenge that the nation faces. Making a methodological cut, this paper focuses on affirmative action in face of ethnic, linguistic and religious minorities. At the moment of reaching of affirmative actions aimed at vulnerable groups and minorities, these are more propitious in serving the first groups. The necessity of changing sociological to anthropological criterion is imperative, since so many vulnerable groups as minorities are discriminated groups, requiring affirmative action implementations to keep alive the ethnic, linguistic and religious identity of minorities. Affirmative actions are important tools for eradicating historical inequalities, fostering social equality and neutralizing factual discrimination against minorities, as well as providing Brazilian society with dignity of the human person and equal access to rights and Fundamental rights.

Keywords: Fundamental Rights. Principle of Equality. Affirmative Actions. Ethnic, Linguistic and Religious Minorities.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

CF – Constituição Federal

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONG – Organização não Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	17
1.1 Direitos fundamentais	17
1.2 Evolução dos direitos fundamentais e a igualdade	18
1.3 As dimensões dos direitos fundamentais.....	26
1.4 Documentos internacionais sobre a igualdade.....	31
1.5 A igualdade nas constituições do Brasil.....	34
1.6 Conceito de igualdade	37
1.6.1 A igualdade e o discrimen	42
1.6.2 Algumas discriminações legítimas.....	47
1.6.3 Igualdade formal e material	48
1.6.4 Princípio da igualdade na diferença	52
CAPÍTULO II - AÇÕES AFIRMATIVAS.....	54
2.1 Conceito e objetivos das ações afirmativas	54
2.2 Ações afirmativas e a intervenção do poder judiciário	58
2.3 Ações afirmativas: justiça compensatória x justiça distributiva	63
2.4 Ações afirmativas nos Estados Unidos da América.....	67
2.5 Ações afirmativas e os documentos internacionais ratificados pelo Brasil.....	73
2.6 Ações afirmativas e o direito brasileiro.....	75
2.6.1 Fundamentos constitucionais e legais das ações afirmativas	75
2.7 Argumentos favoráveis às ações afirmativas.....	81
2.8 Argumentos contrários às ações afirmativas	90
CAPÍTULO III - MINORIAS ÉTNICAS, RELIGIOSAS E CULTURAIS	102
3.1 Minorias e grupos vulneráveis	102
3.1.1 Conceito de minorias.....	103
3.1.2 Conceito de grupos vulneráveis	106
3.2 Políticas públicas: minorias X grupos vulneráveis	110
3.3 Minorias étnicas, linguísticas e religiosas	112
3.4 Instrumentos internacionais de proteção dos direitos das minorias étnicas, linguísticas e religiosas.....	115
3.5 Minorias étnicas, linguísticas e religiosas nas constituições brasileiras	123
3.6 O impacto dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.....	125
3.7 Normas infraconstitucionais de proteção das minorias.....	128
3.8 Outras considerações sobre os direitos das minorias no Brasil	129
3.9 Proteção das minorias da perspectiva dos direitos fundamentais	131
CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERÊNCIAS	146

INTRODUÇÃO

As ações afirmativas, cujo termo teve origem nos Estados Unidos da América na década de 1960, com o Presidente John F. Kennedy, como forma de se referir a atos que promovem a igualdade entre os negros e os brancos norte americanos, consistem em atos ou medidas especiais e temporárias, tomadas ou determinadas pelo Estado, espontaneamente ou compulsoriamente, que objetivam a eliminação das desigualdades que ao longo da história foram acumuladas, visando a igualdade de oportunidade e tratamento, bem como compensar perdas decorrentes pela descriminalização e marginalização, frutos de questões raciais, étnicas, linguísticas, religiosas, de gênero e outros.

Tais medidas são essenciais quanto ao problema do preconceito e toda forma de discriminação, cujo tema é bastante discutido nos dias atuais tanto no aspecto político, jurídico, social, religioso e econômico, principalmente numa sociedade preconceituosa como a do Brasil que, de modo não muito camuflado, pratica inúmeras discriminações.

Na prática, as ações afirmativas são medidas que visam conferir direitos iguais a grupos da sociedade que são oprimidos ou sofrem com as mazelas do passado opressor. Muito embora o Brasil possua direitos positivados constitucionalmente relativos a igualdade para todos os seus cidadãos, tais direitos não são cumpridos efetivamente em todas as camadas sociais, decorrendo deste fato a necessidade da implementação das ações afirmativas.

Embora alguns doutrinadores estabeleçam discretas diferenças entre ação afirmativa e discriminação positiva, que se revela como um tipo de discriminação que objetiva selecionar pessoas que estejam em situação de desvantagem tratando-as desigualmente e favorecendo-as com alguma medida que as tornem menos desiguais, as duas possuem a mesma essência e objetivo, são medidas que necessitam passar pelo crivo do denominado *discrímen* consistente num processo legítimo de discriminação para identificar as minorias desprivilegiadas, possuindo os dois institutos a mesma finalidade, tornar a sociedade mais igualitária de oportunidades com a diminuição dos desequilíbrios existentes entre certos grupos sociais.

Essas medidas nada mais são do que a implementação da igualdade factual ou material que difere diametralmente da igualdade formal, mas que embora antagônicas, estas não se excluem, pelo contrário, se completam na medida em que é dever do Estado, além de vedar tratamento diferenciado às pessoas, implementar medidas que atenuem ou eliminem alguma desigualdade verificada por meio das ações afirmativas.

A necessidade da implantação das ações afirmativas para a superação das desigualdades sociais é compromisso do Estado brasileiro, pois no texto da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III), resta sinalizada, claramente, a necessidade de práticas de adoção de políticas consistentes em ações afirmativas, buscando soerguer o indivíduo na sua acepção máxima de dignidade humana, buscando ultrapassar a mera igualdade formal para a igualdade material.

Contudo, existem parâmetros para aferir a violação de direitos aos grupos minoritários, não podendo a ação afirmativa servir para pretensão isolada, senão justificada pela categoria ou grupo a que pertencem. Estes parâmetros são encontrados no texto da carta constitucional brasileira, além dos inúmeros documentos internacionais ratificados pelo Brasil. No entanto, embora exista parâmetro legal que justifique a prática das ações afirmativas como instrumentos de políticas públicas de inclusão social, inúmeras são as resistências quanto a efetividade dessas medidas, destacando-se dentro destas a subjugação das minorias pelos grupos que detiveram o comando e poder de decisão durante o processo histórico, resultado de diferenças, sobretudo, de cunho econômico.

A Constituição Federal do Brasil, estabelece em seu artigo 3º, incisos I, III e IV os objetivos fundamentais assegurados pela República Federativa do Brasil, traduzindo-se na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; na erradicação da pobreza; na redução das desigualdades sociais e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Porém, no contexto atual, frente aos processos históricos e sociais, das políticas econômicas e das supressões dos poderes públicos em implementar estes fundamentos, resultou numa acanhada preocupação como o ser humano, deixando-o em segundo plano diante do tão aplaudido desenvolvimento econômico.

Os aspectos não resolvidos da pobreza e miséria, que assolam acentuadamente certos grupos não são negados nesta dissertação. Todavia, para os fins estabelecidos neste trabalho, optou-se por um recorte metodológico para tratar de maneira especial das políticas de ações afirmativas voltadas para a minorias étnicas, linguísticas e religiosas discriminadas pela sociedade brasileira.

Diante disso, o fortalecimento dos instrumentos já implantados e o avanço em outros rumos é essencial para assegurar o verdadeiro princípio da igualdade factual. A escolha da temática deu-se num primeiro momento pelo desejo de se estudar sobre a desigualdade que assola a sociedade brasileira e de contribuir com mecanismos legais para a solução destes embates, a partir de um enfoque histórico, social e jurídico nas questões relacionadas ao tema.

O nível de cognição relacionado ao objeto em pesquisa, uma vez que se encontra muito introvertido e ao mesmo tempo debatido e criticado, foi o segundo motivo para a escolha do tema.

A problematização que daí extrai busca evidenciar que no momento da concretização de direitos inerentes aos grupos vulneráveis com relação às minorias, especialmente as étnicas, linguísticas e religiosas, a diferenciação conceitual, mesmo que de maneira bem peculiar, trará efeitos concretos em sua efetivação, visto que tal diferença poderá influenciar no tocante às necessidades inerentes a cada grupo, pois as políticas públicas destinadas às minorias, em grande parte, não trazem nenhum benefício aos grupos vulneráveis, ao contrário daquelas medidas implementadas em favor dos grupos vulneráveis que podem influenciar de maneira mais acentuada na vida humana, incluindo-se nesta perspectiva, as minorias.

A título de exemplo, o administrador público, ao optar por medidas destinadas às minorias ou aos grupos vulneráveis, diante de uma situação de limitação orçamentária de seu governo, mostrar-se-á muito propício em atender os grupos vulneráveis (crianças, mulheres e idosos) do que as minorias, por exemplo, a manutenção de certa cultura indígena (índios). O ideal seria atender os dois grupos, porém, muitas vezes, isso não ocorre, razão pela qual, segundo entende-se, o administrador favorecerá, na maioria das vezes, os grupos vulneráveis.

Outrossim, apresentam-se como objetivos do presente trabalho a identificação das ações políticas e jurídicas implementadas pelo poder público, como modelo de ações afirmativas nos casos de inclusão das minorias étnicas, religiosas e linguísticas, destacando e comparando com medidas estadunidenses adotadas, sobretudo, para corroborar que estes instrumentos são imprescindíveis para a efetivação da igualdade material.

O intuito desta dissertação é fazer uma análise das ações afirmativas contribuindo com as discussões em pauta, especialmente na defesa de que tanto os grupos vulneráveis como as minorias são vítimas de discriminação e de intolerância, não podendo se ater às diferenças conceituais existentes entre uns e outros para a implementação dessas medidas. É preciso mudar o critério quantitativo (sociológico) para o qualitativo (antropológico), pois tanto os grupos vulneráveis como as minorias são grupos que sofrem discriminações e se caracterizam por ser uma seção não dominante da população dos Estados, sob pena de ao invés de atender às necessidades das minorias, o Estado tentar eliminá-las. Doravante, é essencial que haja políticas públicas para manter viva a identidade étnica, linguística e religiosa das minorias.

Foi realizada uma revisão da leitura existente sobre o tema no país, na tentativa de se mapear a discussão sobre as políticas de ações afirmativas e os principais aspectos a ela suscitadas.

No tocante às ações afirmativas, caracterizou-se um estudo descritivo, utilizando como método o dialético, para proporcionar um estudo dos argumentos favoráveis e contrários ao instituto.

A pesquisa adotada foi a dedutiva, que é a modalidade de raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter uma conclusão a respeito de determinadas premissas.

Ainda, em relação à metodologia, foram utilizados materiais técnicos colacionados em portais eletrônicos de notícias jurídicas, doutrinas, leis, jurisprudências e os precedentes dos Estados Unidos da América, país de vanguarda na implementação das políticas de ações afirmativas que realinharam o conceito de igualdade para a promoção da igual distribuição de oportunidades, mesmo que indiretamente impactaram no desenvolvimento do trabalho.

Embora a limitação espacial tenha ficado nas fronteiras do direito brasileiro, foi necessário fazer um estudo comparativo com os Estados Unidos da América pelos motivos anteriormente justificados.

A dissertação se desenvolve em três capítulos. O capítulo I apresenta um breve estudo sobre os direitos fundamentais, sobretudo uma análise da sua evolução histórica a partir do momento em que o homem na forma mais rudimentar de sua natureza passa a conviver em grupos sociais, culminando com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, em 1948, positivou esses valores na ordem mundial. Abordará as inúmeras terminologias adotadas para designar o seu significado, dividindo conceitos às vezes tratados como direitos humanos, ora direitos fundamentais. A evolução dos direitos fundamentais e a igualdade entre os homens serão analisados do ponto de vista histórico a partir do período axial, que remontou com o surgimento da filosofia em decorrência da racionalidade do homem em substituição à mitologia. A igualdade será analisada desde os vários entendimentos filosóficos, destacando os pensamentos de Platão, Aristóteles, Cícero, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, entre outros.

Observará, ainda, a classificação dos direitos fundamentais em dimensões e a sua imbricação com os pilares da Revolução Francesa que serviu como o divisor de águas para a difusão do tema. Os documentos políticos internacionais que reconheceram a igualdade entre os homens serão abordados, enfatizando a Magna Carta de 1215 e a Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776, culminando com a Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948. O princípio da igualdade é observado em todas as cartas constitucionais brasileiras,

desde a de 1822, que teve forte inspiração no movimento revolucionário francês até a atual de 1988, muito embora, em determinados momentos a igualdade sequer existiu em sua acepção formal como, por exemplo, a de 1824, em que o princípio transitava com a legitimação da escravatura. O *discrímen* será abordado como critério legítimo de discriminação, objetivando, por meio da própria lei que veda a discriminação, dar um tratamento diferenciado a determinados grupos sociais com a finalidade de se obter maior igualdade substancial ou material, desde que justificadas estas discriminações, passando o princípio de igualdade de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas para um conceito positivo de condutas promotoras de igualdade jurídica. Algumas discriminações legítimas serão verificadas com as respectivas fontes legais que a permitem, especialmente aquelas que versam sobre direitos trabalhistas. A diferença entre a igualdade material e a formal e seus efeitos práticos serão verificados, mostrando a necessidade de exigir do Estado, além da igualdade formal, a igualdade material, pois embora antagônicas, estas não se excluem, mas pelo contrário, se complementam na medida em que é dever do Estado, além de vedar tratamento diferenciado, implementar medidas que atenuem ou eliminam as desigualdades verificadas por meio de ações afirmativas. Neste cenário estabelecido entre a igualdade formal e a igualdade material, destacar-se-á o direito à diferença, que necessariamente deve sempre estar presente nos debates e discurso da arena política, bem como a defesa e a busca constante pela diversidade.

No capítulo II será apresentada a ação afirmativa como instrumento nivelador das classes e grupos sociais com a concessão de vantagens jurídicas quando detectados desníveis, compensando o desequilíbrio proporcionado no plano dos fatos com um desequilíbrio no plano jurídico, tutelado pelo Estado, demonstrando que o combate à discriminação decorre da utilização de políticas neutras e positivas, inclusive, com a participação do judiciário que também possui a legitimidade para transformar políticas neutras, proibitivas, em verdadeiras ações afirmativas. O caráter das ações afirmativas em justiça compensatória ou distributiva será abordado para demonstrar que a primeira tem por objetivo reparar os erros do passado enquanto a segunda se preocupa com a injustiça presente e iminente consequente das injustiças sociais decorrentes de concepções ideológicas do passado, concluindo que independentemente da teoria adotada, as ações afirmativas visam à correção das injustiças do passado e atuais, destinadas a erradicação ou minoração das discriminações, a eliminação dos efeitos decorrentes no processo histórico e propiciar a eliminação de preconceitos arraigados dentro da sociedade.

O mapa da evolução político-legislativa das ações afirmativas implementadas nos Estados Unidos da América será objeto de análise, sendo que o modelo estadunidense, quanto às experiências das ações afirmativas, expandiu-se para diversos países que a adotaram como instrumentos aptos de garantir uma democracia de inclusão social. Alguns dos principais documentos internacionais acordados globalmente para a proteção dos direitos fundamentais e do desenvolvimento, ratificados pelo Brasil a partir da DUDH, serão verificados, além dos fundamentos constitucionais e legais inseridos na legislação brasileira para demonstrar a constitucionalidade da implementação das ações afirmativas em nosso sistema jurídico.

Ademais, argumentos prós e contrários às ações afirmativas serão vistos e ponderados para, ao final, afirmar que as posições contrárias deixam de levar em consideração o próprio princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana que se constituem verdadeiros pilares de justificação dessas medidas.

O capítulo III é dedicado às minorias, especialmente as étnicas, religiosas e linguísticas que necessitam das ações afirmativas no sentido de tornar efetiva a promoção das identidades dessas minorias, e proporcionar condições para a efetivação no gozo de direitos, igualando-as à maioria da população, pois os direitos sociais e culturais englobam os direitos das minorias, exigindo uma eficaz participação do Estado no processo de implementação.

Será apresentada, também, a diferença conceitual entre minorias e grupos vulneráveis, destacando que ainda que exista uma discreta diferença entre estes grupos é preciso mudar o critério quantitativo (sociológico) para o qualitativo (antropológico), pois tanto os grupos vulneráveis como as minorias são grupos que sofrem discriminações e se caracterizam por ser uma seção não dominante da população dos Estados.

As minorias étnicas, linguísticas e religiosas serão conceituadas, bem como os direitos inerentes a estas decorrentes de instrumentos internacionais de proteção, destacando a DUDH, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção da UNESCO para a eliminação da Discriminação na Educação, a Carta Encíclica do Papa João XXIII, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Declaração dos Direitos das Pessoas pertencentes a Minorias ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas e a Convenção Americana de Direitos Humanos. A situação das minorias frente às diversas constituições brasileiras, que não fazem mais parte dos direitos positivos e o texto constitucional atual que recebeu os reflexos dos instrumentos internacionais, será objeto de análise, assim como as normas infraconstitucionais destinadas à proteção desses grupos denominados minoritários.

Por fim, a última seção apresentará as considerações finais deste trabalho.

É de suma importância salientar que as ações afirmativas estão no cerne do debate constitucional por ser um instituto polêmico e com pouca aceitação por grande parte da sociedade brasileira, que de modo não muito camuflado, pratica inúmeras discriminações, mas nem por isso menos importante que qualquer outro instituto.

Embora a Constituição Federal do Brasil de 1988 estabeleça inúmeros dispositivos visando às garantias e direitos fundamentais das minorias étnicas, religiosas e linguísticas, estas, ainda, não atingiram por completo a igualdade material pela igualdade de oportunidades.

O Estado precisa se empenhar de forma mais rigorosa e incisiva, uma vez que toda e qualquer política pública está revestida de interesses políticos, eleitoreiros e econômicos, fatores que impedem, muitas vezes, a implantação das ações afirmativas.

Imprescindível a atuação do Estado a favor das minorias sociais, na qualidade de principal defensor destes grupos, mesmo porque o Estado é o ente regulador da vida em sociedade, devendo ele enfrentar os interesses devassos do capitalismo, principal causador mais não único das exclusões sociais das minorias, sobretudo, pelo seu poder econômico.

CAPÍTULO I - DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

1.1 Direitos fundamentais

Para melhor compreensão das ações afirmativas relativas aos direitos das minorias étnicas, linguísticas e religiosas, ponto nuclear deste trabalho, imprescindível realizar um breve estudo acerca dos direitos fundamentais, sobretudo, uma análise da sua evolução histórica a partir do momento em que o homem, na forma mais rudimentar de sua natureza, passou a conviver em grupos sociais, culminando com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, em 1948, positivou esses valores na ordem mundial, visando melhor compreensão do tema principal e do enfrentamento da problemática da efetivação do princípio da igualdade em sua concepção material com relação aos grupos denominados minoritários.

A temática dos Direitos Fundamentais é muito vasta, demanda grande tempo de estudo e é alvo de diversos doutrinadores. Inúmeras terminologias são adotadas para designar o mesmo significado, como bem anota Sarlet (2007, p. 33): [...] outras expressões, tais como ‘direitos humanos’, ‘direitos do homem’, ‘direitos subjetivos públicos’, ‘liberdades públicas’, ‘direitos individuais’, ‘liberdades fundamentais’ e ‘direitos humanos fundamentais’ [...], sendo que algumas destas podem ser verificadas dentro do texto da Constituição Federal do Brasil de 1988, como termos largamente difundidos e utilizados.

Vários são os conceitos dos direitos humanos formulados pela doutrina jurídica em razão da existência de várias posições filosófico-jurídicas aceitas em determinadas sociedades, em um determinado momento histórico, fatos que impossibilitam uma conceituação unânime.

Há uma divergência na doutrina no tocante à distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Neste aspecto, alguns autores estabelecem uma nota diferenciadora que caracteriza cada um desses, correspondendo, em síntese, que a expressão “direitos humanos” é mais utilizada no plano internacional, revelando a existência de direitos aceitos internacionalmente. Já o vocábulo “direitos fundamentais” é usado mais no contexto interno de determinado país, dentro de sua opção política.

Nesse sentido, sinaliza Lopes (2001, p. 41):

Direitos humanos são princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Direitos fundamentais, ao contrário, são direitos jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporariamente.

Em contrapartida, Bonavides (2000, p. 514) leciona que:

[...] Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais expressões na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição histórica, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.

A terminologia empregada neste trabalho será aquela adotada por vários doutrinadores, qual seja, Direitos Fundamentais, cuja expressão é legitimada em nossa carta constitucional de 1988, em seu título II.

Os direitos fundamentais são alicerces do Estado, pois, ao mesmo tempo, preceituam a finalidade de uma sociedade e os direitos de seus cidadãos. Sem eles o homem não pode ser entendido como um ente social dotado de dignidade que é seu atributo intrínseco. Constituem o núcleo central, essencial e inviolável dos direitos. É possível afirmar que os direitos fundamentais são os pilares para a formação de uma sociedade organizada a partir de uma Constituição Democrática de Direito.

No dias atuais, mostra-se dispensável a discussão sobre a necessidade ou imperatividade dos direitos fundamentais. O imprescindível é exatamente a efetivação desses direitos sociais que foram amplamente teorizados e debatidos, sendo que o debate atual reside na busca de instrumentos e soluções que possam fortalecê-los de eficácia e garantia, para que possam deixar o plano formal e passem a fazer parte da realidade social.

1.2 Evolução dos direitos fundamentais e a igualdade

O desconhecimento do fenômeno da limitação do poder e a ausência de um pensamento sistêmico, quanto aos direitos fundamentais, foram fatores determinantes que desencadearam por longo período a vertente historiográfica dominante que negava a importância das culturas passadas para a compreensão dos direitos fundamentais.

Os princípios da liberdade, da igualdade entre os homens e o da dignidade da pessoa humana foram consubstanciados no pensamento da antiguidade clássica.

O nascimento e sentido dos direitos fundamentais remontam do período denominado axial, compreendido entre os séculos VII a II antes de Cristo, momento em que as explicações estabelecidas a partir da mitologia que reinava passam a ser substituídas pela racionalidade fundamentada na centralidade do sujeito. É exatamente nesse momento que surge a filosofia e a compreensão do homem como um ser livre e racional.

Comparato (2010, p. 23-24) retrata esse momento histórico da seguinte forma:

Em suma, é a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para afirmação da existência de direitos universais, por que a ela inerentes.

Nesse momento, na filosofia, ao abandonar as explicações e bases fantasiosas apoiadas na mitologia, o homem torna-se *per se* o fundamento supremo de todas as ações humanas, surgindo, originalmente, o próprio homem como fundamento intelectual para os direitos a eles direcionados.

O abandono mitológico desencadeou o despertar estruturante das religiões, manifestando, a partir daí, a fé monoteísta, cujo objetivo residia na supremacia dos seres humanos e a igualdade entre os homens livres e racionais.

O período axial¹, que teve como fator principal a diferenciação entre o homem e Deus (humano e divino), alastrou-se pelas diferentes culturas existentes.

Nesse sentido, Habermas (1990, p. 201) leciona:

O potencial universalista não é absolutamente uma peculiaridade das tradições ocidentais, mas pode, ao contrário, ser documentado em todas as imagens do mundo nascidas entre 800 e 300 a.C., na China, Índia, Grécia e Israel. Essas doutrinas superam o pensamento mítico na medida em que objetivam o mundo *in totum*, distinguem a ordem natural da ordem histórica, reduzem a um princípio a multiplicidade dos fenômenos e substituem as explicações narrativas com explicações argumentativas. Ao mesmo tempo, o indivíduo singular aprende a refletir sobre sua posição e sobre as suas realizações construtivas; por isso surgem modelos individualizados do Eu e da alma. Ora, todas essas imagens racionalizadas do mundo expressam estruturas universalistas de consciência, quer provenham de filósofos

¹ O filósofo alemão Karl Jaspers definiu a Era Axial (período que decorre entre o ano 800 a.C. e o ano 200 a.C.) como a linha divisória mais profunda da História da humanidade, durante a qual apareceu a mesma linha de pensamento em três regiões do mundo: a China, a Índia e o Ocidente. Após a Era Axial, as diferentes regiões da Terra não voltaram a ter o mesmo paralelismo. Segundo Jaspers, o Homem como o conhecemos hoje nasceu nesta época, mas para este fenômeno ainda não se consegue encontrar nenhuma explicação, nem nenhum dado comprova uma interligação entre os Povos mediterrâneos, a Índia e a China neste período (ERA AXIAL, 2017).

chineses, indianos e gregos, quer de profetas ou de Buda. Somente por essa razão é que elas expressam um corte revolucionário entre as civilizações arcaicas e as que se desenvolvem sob uma forma imperial. K. Jaspers fala de ‘período axial’, já que foram abertas então possibilidades estruturais, ‘das quais a humanidade viveu até hoje [...]’. O fato é que, depois desse momento, a recordação e o despertar das possibilidades daquela época – renascimentos – sempre suscitaram um ímpeto espiritual.

A grande contribuição do período axial é, sem dúvida, a categorização universal do homem consubstanciada na igualdade essencial entre eles.

A sociedade grega, por meio do pensamento estoico, recepcionou essa ordem de ideias, como é possível observar nas palavras de Lafer (1998, p. 119):

Na vertente grega da tradição cabe mencionar o estoicismo, que na época helenística, com o fim da democracia e das cidades-estado, atribuiu ao indivíduo que tinha perdido a qualidade de cidadão, para se converter em súdito das grandes monarquias, uma nova dignidade. Esta nova dignidade resultou do significado filosófico conferido ao universalismo de Alexandre. O mundo é uma única cidade – *cosmopolis* – da qual todos participam como amigos e iguais. À comunidade universal do gênero humano corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum, daí derivando um dos precedentes da teoria cristã da *lex aeterna* e da *lex naturalis*, igualmente inspiradora dos direitos humanos.

As ideias da unidade moral do ser humano e a dignidade do homem foram os pilares do estoicismo. A respeito desse momento histórico, merece destaque a fala de Sarlet (2005, p. 44): “Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus)”.

Essa afirmação cristã da pessoa humana é refletida por Comparato (2010, p. 31):

De qualquer forma, a mensagem evangélica postulava, no plano divino, uma igualdade de todos os seres humanos, apesar de suas múltiplas diferenças individuais e grupais. Competia, portanto, aos teólogos aprofundar a idéia de uma natureza comum a todos os homens, o que acabou sendo feito a partir dos conceitos desenvolvidos pela filosofia grega.

Para o ponto fundamental que diferencia essa vertente clássica, que emerge sobre os direitos fundamentais e as demais que a sucederam, utilizar-se-á a síntese muito bem elaborada por Almeida (1996, p. 45), que delineou a historicidade dos aludidos direitos fundamentais em fases, que assim foi proposta:

1 – Na primeira fase eles seriam essencialmente concessões espontâneas de um monarca com poderes absolutos, mas justo e inteligente, como o rei Hamurabi, da Babilônia, há cerca de 3.700 anos; o imperador Claudius Tiberius, de Roma, que reinou do ano 41 a 54; e Frederico II, da Suábia, imperador das Duas Sicílias e do Sacro Império Romano, na primeira metade do século XIII;

2 – Na segunda fase, os direitos e liberdades seriam conquistas de elites, do alto clero ou da aristocracia, contra o monarca, como foi o caso do rei João Sem-Terra que outorgou a seus súditos, mas essencialmente, aos barões, que o pressionaram, a Magna Carta, em 1215, na Inglaterra;

3 – Na terceira fase, já a denominação de Direitos do Homem (Mulheres, fora) eles são uma conquista de uma classe emergente como dona do poder econômico e que se torna dona também do poder político, como ocorreu mais significativamente com a classe burguesa, na Revolução Francesa de 1789;

4 – Na quarta fase, os Direitos Humanos, já em segunda geração, são conquistas de classes dominadas, que não têm o poder político mas lutam por ele, pressionam os donos do poder e obtêm direitos sociais, econômicos e culturais;

5 – Na quinta fase, os Direitos Humanos, em terceira geração, se internacionalizam, recebem uma proteção supranacional e alguns desses direitos são impostos pela comunidade internacional, como na repressão à escravidão, ao genocídio, à tortura, às discriminações, e mais recentemente em defesa das práticas democráticas, da paz, do meio ambiente, do desenvolvimento.

Foi a concepção de pessoa que deu origem à elaboração do princípio da igualdade, conforme afirma Comparato (2010, p. 31-32), cuja definição foi dada por Boécio (2005, p. 282), no início do século VI, quando afirmou: diz-se propriamente pessoa a substância da natureza racional.

A definição trazida não parece suficiente para afastar o conteúdo cultural abrangido historicamente pelo tema da igualdade, havendo, desde a Grécia antiga, vários entendimentos sobre a mesma.

Platão (414d-415d), em “República”, diz haver homens e mulheres de ouro, de prata e de bronze. Cada uma delas com funções específicas, segundo a hierarquia atingida, a qual dependia tão somente de méritos individuais, sendo asseguradas a todos as mesmas condições de oportunidade.

Aristóteles (1999, p. 95-96) *apud* Atchabahian (2004, p. 24), ao reconhecer, à sua época, a necessidade de se perceber as diferenças individuais e sobre as mesmas estabelecer parâmetros igualitários, destacou o direito à igualdade como um direito intrínseco do ser humano, entalhando na história do pensamento político-filosófico a insigne expressão: igualdade é tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais.

E arremata:

A igualdade existirá entre as pessoas; se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, mas isto é a origem de querelas e queixas (quando pessoas iguais têm e recebem quinhões desiguais, ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais). Além do mais, isto se torna evidente porque aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo “de acordo com o mérito de cada uma (ARISTÓTELES, 1999, p. 95-96).

Cícero (1985, p. 41-42) *apud* Vilas-Boas (2003, p. 3-16), ao aplicar os princípios trazidos por Platão para poder analisar as formas de governo, afirma que, mesmo na democracia, a igualdade daí decorrente se torna uma injusta desigualdade, posto que não existe meio de se diferenciar os cidadãos pelos seus méritos: “quando o povo assume todo o poder, mesmo supondo-o sábio e moderado, a própria igualdade se torna injusta desigualdade, porque não há gradação que distinga o verdadeiro mérito”. Ressalta que a igualdade de direito ou da democracia é inalcançável.

Em “Cidade de Deus”, Santo Agostinho (1964, p. 173-174) pugna pela necessidade de desigualdade em respeito à ordem celestial e assevera que ninguém é escravo do homem e nem mesmo do pecado, mas que a escravidão penal, determinada pela lei, deveria ser mantida e conservada, pois somente aplicada por descumprimento da lei (um poder temporal e não celestial).

Por sua vez, São Tomás de Aquino (1990, p. 241) *apud* Jacques (1957, p. 43) defendia que a desigualdade era um desígnio de Deus,

[...] que assim procedia para compelir os homens a viverem em sociedade e debaixo da melhor harmonia, que não era concebível fora da desigualdade, isto é, do equilíbrio, da compensação e da equivalência das forças contrárias. Além das desigualdades propriamente naturais – as físicas e as psíquicas, que dizem respeito ao corpo e à alma, Deus, segundo o Doutor Angélico, estabelecera as sociais – as de ordem moral, técnica, profissional, artística, econômica e política – que se relacionam com a posição do homem na sociedade – para melhor fazer ressaltar a beleza da ordem por Ele sabiamente instituída.

A classificação elaborada em torno dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, que imbricados com os pilares da Revolução Francesa, parece ter servido como um divisor de águas para a difusão do tema nos meios acadêmicos e daí para o campo político e social.

A Magna Carta de 1215 foi o primeiro documento político que reconheceu a igualdade entre os homens. Tratou-se de uma declaração redigida pelo rei João da Inglaterra

que versa sobre as liberdades, ou concórdias entre o rei e os barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês (COMPARATO, 1999, p. 68). Em sua cláusula 60, timidamente, pode-se dizer que trata sobre a igualdade entre os homens:

60. Todos os direitos e liberdades, cuja observância garantimos em nosso reino, na medida de nossa competência em relação aos nossos homens, serão igualmente observados por todos os clérigos e leigos do nosso reino, em relação àqueles que deles dependerem (MAGNA CARTA, 1215).

Referida cláusula foi extensiva a todos os senhores feudais, em relação aos seus súditos, as mesmas limitações de poder que o rei reconhece para si. Foi o primeiro passo em direção a um Estado de Direito mais justo, estabelecendo regras, embora seletivas, as quais o monarca era obrigado a obedecer, estabelecendo mandamento legal acima do rei, limitando o Poder do Estado em relação aos seus súditos.

Informada no pensamento iluminista europeu, a Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776 e, posteriormente, a da Pensilvânia de 1779 foram marcos da independência dos Estados Unidos e formaram a Constituição deste novo Estado. Desta forma, em 1776, com a independência das treze colônias britânicas da América do Norte, inaugurou-se a democracia moderna, que consagrou um regime constitucional de representação popular e os limites dos poderes do Estado. A Constituição dos Estados Unidos demonstra claramente a igualdade entre os homens², como confirma Comparato (1999, p. 93):

Quando, no decurso da história humana, torna-se necessário a um povo romper os laços políticos que o vinculam a outro, bem como assumir, entre as potências mundiais, a posição separada e igual a que o habitam as leis da natureza e do deus da natureza, o respeito devido às opiniões da humanidade obriga-o a declarar as causas que o impelem à separação. Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

A partir desse momento é que a ideia de igualdade entre os homens começa a ser inserida em documentos políticos importantes, invocando o surgimento de uma Constituição moderna visando à proteção dos indivíduos contra o abuso do Poder Estatal.

² Declaração de Direitos feita pelos representantes do bom povo da Virgínia, reunido em Convenção plena e livre; direitos esses que pertencem a ele e à sua posteridade, com base e fundamento do governo. 1. Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado da sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança (Declaração de Direitos de Virgínia – 1776).

Rousseau, ainda no século XVII, diz que naturalmente havia entre os homens pequenas desigualdades de ordem natural ou física e de ordem moral ou política, pelo que, com o desenvolvimento, elas foram aumentando. Assim, distinguiu-se as desigualdades:

Concebo, na espécie humana, dois tipos de desigualdade: uma que chamo de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito e da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos vários privilégios de que gozam alguns em prejuízo de outros, como o serem mais ricos, mais poderosos e homenageados do que estes, ou ainda por fazerem-se obedecer por eles (ROUSSEAU, 2000, p. 51).

Rousseau (2000, p. 90-91) salienta que a origem da desigualdade entre os homens está relacionada com o seu estado social. No estado natural, o homem tinha como única preocupação a sua subsistência, e suas duas características diferentes dos demais animais eram a liberdade e a perfectibilidade, ou seja, sua capacidade de aperfeiçoamento. Contudo, visando à superação das dificuldades trazidas desse estado, o homem foi adquirindo novas experiências e conhecimentos, o que decorreu o surgimento das primeiras comunidades e a ideia de família, e com elas o hábito de viver juntos fez com que nascessem os mais doces sentimentos que são conhecidos do homem como o amor conjugal e o amor paterno.

Dessa inter-relação entre os homens, decorrentes da formação dos pequenos grupos sociais e familiares, advieram as formas de linguagem e um conceito precário de propriedade, e, por questão de segurança, passaram a viver em comunidade, que aos poucos passam a evoluir-se, decorrendo daí as diferenças entre os homens que até então eram naturais e passaram a ser morais e políticas.

Nesse mesmo interregno temporal, a agricultura e a metalurgia fizeram emergir a divisão de trabalho, a propriedade e o acúmulo de riquezas como consequência. O processo evolutivo instituído a partir do poder e da riqueza dão origem às desigualdades não naturais entre os indivíduos. A propriedade dividiu os homens entre pobres e ricos; o poder político se dividiu entre os governantes ricos e poderosos e os governados pobres e fracos e o estado despótico foi dividido entre os senhores e escravos (ROUSSEAU, 2000, p. 87-116).

Leciona Comparato (1999, p. 98) que a propriedade sempre foi a grande responsável pela desigualdade entre os homens:

A propriedade foi, e ainda é, a grande responsável pela desigualdade entre os homens: Assim, os mais poderosos ou os mais miseráveis, fazendo de suas

forças ou de suas necessidades uma espécie de direito ao bem alheio, equivalente, segundo eles, ao de propriedade, seguiu-se à rompida igualdade a pior desordem; assim as usurpações dos ricos, as extorsões dos pobres, as paixões desenfreadas de todos, abafando a piedade natural e a voz ainda fraca da justiça, tornaram os homens avaros, ambiciosos e maus. Ergueu-se entre o direito do mais forte e o do primeiro ocupante um conflito perpétuo que terminava em combates e assassinatos. A sociedade nascente foi colocada no mais tremendo estado de guerra; o gênero humano, aviltado e desolado, não podendo mais voltar sobre seus passos nem renunciar às aquisições infelizes que realizara, ficou às portas da ruína por não trabalhar senão para sua vergonha, abusando das faculdades que o dignificam.

O reconhecimento da igualdade passou a ser inserido em vários dispositivos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, editada pela Assembleia Nacional da França em 1789, em razão da repercussão que representou o movimento de independência na revolução política da época, e trouxe, em seu artigo 1º, a seguinte redação: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem se basear na utilidade comum” (DECLARAÇÃO..., 1789).

As desigualdades estamentais³ instaladas, sobretudo entre proprietários e de não proprietários, não foram superadas mesmo com a concepção liberal da ideia de igualdade como instrumento de diminuição dos privilégios do absolutismo monárquico, passando, a partir de então, a ser inserido nas cartas constitucionais republicanas o tema da igualdade.

Após a segunda Grande Guerra Mundial, mais especificamente em 1948, a ONU (Organização das Nações Unidas) foi criada como órgão internacional que imediatamente arrebanhou inúmeros países como seus signatários, fazendo que grande parte da população do planeta se colocasse num mesmo ideário diante da necessidade de um instrumento que conclamou os povos numa convivência harmônica e elevação dos direitos humanos fundamentais, através da edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH, ressaltando que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Este mandamento prescrito na DUDH levou a inserção expressa do princípio da igualdade nas Constituições dos países signatários.

Enquanto reivindicações morais, os direitos fundamentais nascem quando devem e podem nascer. Como realça Bobbio (1992, p. 06), os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt (1979), os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

³ A sociedade estamental era o tipo de estrutura social existente antes da Sociedade Industrial; era dividida em estamentos (grupos sociais) e não permitia a ascensão social.

No entanto, uma coisa não se altera com o desabrochar da era moderna, o fio condutor universalista é mantido como o núcleo das teorizações dos direitos fundamentais.

1.3 As dimensões dos direitos fundamentais

É de suma importância o resgate das conquistas dos direitos fundamentais representados pelas dimensões de direitos para melhor compreensão do princípio da igualdade.

O limite de intromissão do Estado em interferir nas relações sociais foi assinalado pela Revolução Industrial, em meados do século XVIII, que tinha o iluminismo como representante do modelo liberal.

O modelo de Estado Liberal perdeu sua força após o final da Primeira Guerra Mundial e ante a crise capitalista de 1929, decorrendo numa maior intervenção do Estado nas questões sociais e econômicas, a fim de assegurar um mínimo de dignidade e condições de sobrevivência, o que deu origem ao modelo de Estado do Bem-Estar ou Estado Social, colocando o Estado como intervencionista na regulação econômica capitalista.

Esse modelo ganhou reforço após o término da Segunda Grande Guerra Mundial, especialmente nos países da Europa, possibilitando uma renovação social de modo mais justo e igualitário.

Os problemas econômicos enfrentados na década de 1970 pelo mundo deram causa ao declínio do Estado-Social, surgindo o modelo neoliberal reproduzido no antigo modelo liberal da Revolução Industrial, tendo como objetivo a garantia da acumulação de capital e os interesses dos mercados, com a redução da atividade estatal, especialmente, na limitação de sua atuação no âmbito econômico e social.

O fenômeno da globalização⁴ e o neoliberalismo⁵ retiraram o poder Estatal, no tocante ao controle, sobretudo, das questões econômicas e de ordem social, e deram lugar a

⁴ Globalização representa “algo diferente e mais opressivo do que a antiga ‘internacionalização’. Não há consenso sobre o que essa nova globalização realmente significa; mas o ponto de partida é a penetração intensa de sociedades nacionais por todo tipo de redes, associações, instituições e culturas – mercados financeiros, grandes companhias multinacionais, organizações não governamentais, mídia internacional, redes de comunicação instantânea, circuitos acadêmicos – e novas organizações internacionais e multinacionais, como as Nações Unidas, a Otan, a União Européia e a Liga Árabe. A globalização é vista como uma tendência multidimensional, com aspectos e consequências econômicos, militares, culturais, tecnológicos, políticos e ambientais, cada qual requerendo atenção especial” (SCHWARTZMAN, 2004, p. 114-115).

⁵ Doutrina desenvolvida a partir da década de 1970, que defende a absoluta liberdade de mercado e uma restrição à intervenção estatal sobre a economia, só devendo esta ocorrer em setores imprescindíveis e ainda assim num grau mínimo.

uma nova ordem econômica de mercado, deixando as fronteiras nacionais de representarem limites para as atividades capitalistas.

Surge, então, uma sociedade consumista⁶ diante do crescimento excessivo na procura por bens apropriáveis e, perante tal cenário, intensificaram-se as questões relativas aos direitos fundamentais convocados para resguardar os indivíduos desta sociedade individualista, solitária, consumista e vendável.

A partir desse cenário é que vinga a ideia das dimensões dos direitos humanos, as quais representam as conquistas que foram ao longo da história se consolidando em razão de inúmeras atrocidades cometidas justamente por aqueles que detinham o maior poder.

O primeiro documento histórico que consolidou e pronunciou os direitos dos cidadãos, bem como outorgou a noção de dimensão dos direitos fundamentais foi a DUDH. Bobbio (1992, p. 05) discorre sobre o tema:

O caminho contínuo, ainda que várias vezes interrompido, da concepção individualista da sociedade procede lentamente, indo do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado, até o reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo, cujo primeiro anúncio foi a *Declaração universal dos direitos do homem*; a partir do direito interno de cada Estado, através do direito entre os outros Estados, até o direito cosmopolita [...]
[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. [...]
[...] O núcleo doutrinário da Declaração está contido nos três artigos iniciais: o primeiro refere-se à condição natural dos indivíduos, que precede a formação da sociedade civil; o segundo, à finalidade da sociedade política, que vem depois [se não cronologicamente, pelo menos axiologicamente] do estado de natureza; o terceiro, ao princípio de legitimidade do poder que cabe à nação.

Na mesma linha, Novelino (2009, p. 362-364) sintetiza da seguinte forma:

Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos conforme a demanda de cada época, tendo esta consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais dado origem à classificação em gerações. Como o surgimento de novas gerações não ocasionou a extinção das anteriores, há quem prefira o termo dimensão por

⁶ Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A “subjetividade” do “sujeito”, e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, uma mercadoria vendável. A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias (BAUMAN, 2008, p. 20).

não ter ocorrido uma sucessão desses direitos: atualmente todos eles coexistem.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. São direitos individuais com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário.

Ligados ao valor igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado.

Os direitos fundamentais de terceira geração, ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano.

Por fim, introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, os direitos de quarta geração compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo.

Ainda, além da doutrina, os tribunais já se manifestaram acerca das dimensões de direitos, inclusive, o Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF), conforme segue:

Enquanto os direitos de primeira geração [direitos civis e políticos] — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração [direitos econômicos, sociais e culturais] — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da “igualdade”, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade (BRASIL, 1995).

Portanto, vislumbram-se dentro do constitucionalismo três fases ou etapas que se referem ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, direitos de liberdade, direitos políticos e, por fim, os direitos sociais, que segundo Bobbio (1992, p. 32-33), às vezes, são denominadas como gerações de direitos e, ainda, para outros autores são chamadas de dimensões de direitos, fases iniciadas nos Estados Unidos da América do Norte, notadamente pela Carta do Povo da Virgínia e, posteriormente, com a Carta Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte.

Para este trabalho, optou-se pela utilização do termo dimensão por entender que a ideia de geração está diretamente ligada à de sucessão, substituição, enquanto que os direitos fundamentais não se sobrepõem, não são suplantados uns pelos outros, todos eles coexistem.

A primeira dimensão de direitos humanos, trazida no bojo normativo produzido pelos Estados Unidos pós-independência, ou pela Revolução Francesa, é composta de direitos que protegem as liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, configurando os direitos civis e políticos dos cidadãos, contra a supremacia e prepotência dos órgãos estatais. Tal dimensão surgiu no final do século XVIII e representava uma resposta ao Estado liberal Absolutista, dominando o século XIX, e correspondeu ao início do constitucionalismo ocidental. O direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, à participação política, entre outros, são exemplos de direitos de primeira geração. Oportuno transcrever as palavras de Bonavides (2006, p. 563), quando faz referência aos direitos de primeira dimensão, afirmando que:

os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões.

A segunda dimensão começa com aqueles direitos prestacionais da Lei Fundamental de Weimar, de 1919 (Alemanha), pelos direitos previstos na Constituição Mexicana de 1917 e pelo Tratado de Versalhes de 1919 (OIT). Relacionam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, que visam assegurar o princípio da igualdade material entre os indivíduos. O grande marco dos direitos de segunda dimensão foi a Revolução Industrial, a partir do século XIX, que implicou na luta do proletariado, na defesa dos direitos sociais. O direito à alimentação, à saúde, à educação, entre outros, são exemplos de direitos de segunda geração.

Nesse sentido, Sarmiento (2006, p. 19) leciona que:

As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O *Direito do Trabalho*, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade.

Os direitos de segunda dimensão exigem a atuação do Estado na prestação de políticas públicas, tratando-se, de direitos positivos, impondo ao Estado uma obrigação de fazer, correspondendo aos direitos à saúde, à educação, ao trabalho, à habitação, à previdência social, à assistência social, entre outros.

Bonavides (1993, p. 517), em referência aos direitos de segunda dimensão, assevera que:

[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

A terceira dimensão de direitos ganhou forte conotação com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), consagrando os princípios da solidariedade ou fraternidade, atribuídos, genericamente, a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não tendo como destinatário somente os interesses individuais, mostrando grande preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras. A revolução técnico-científica (terceira revolução industrial) foi o marco destes direitos decorrentes dos avanços dos meios de comunicação e de transporte. Podem ser citados como exemplos de direitos de terceira dimensão o direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, o direito de comunicação, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à paz. Colacionamos novamente Bonavides (2006, p. 569), que ao se posicionar acerca dos direitos de terceira geração, cita os seguintes termos:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

O campo dos direitos de liberdade cresceu conforme todas as inovações surgidas, bem como aquelas que estão por vir no setor de transmissão de ideias e outros novos direitos, citando, como exemplo, a bioética.

Atualmente, existe uma lacuna nos direitos sociais. Os direitos fundamentais não podem ter um argumento absoluto, portanto, são direitos relativos, tais como revelam Nunes Júnior e Araújo (2010, p. 108-109).

Bobbio (2004, p. 79) ainda denota uma ideia de novos direitos que ainda devem ser melhores estudados, prevendo, ainda, que surgirão novos direitos no futuro. Alguns autores citam que esta expansão dos direitos humanos estão alcançados com a bioética e o biodireito e até mesmo na legislação dos satélites, do meio ambiente e do acesso à água. Até o direito de informação é considerado um direito dessa nova dimensão (AMARAL; SOUZA, 2007, p. 357-386).

O campo dos direitos sociais está num processo contínuo de movimento, assim como as demandas de proteção social que nasceram com a Revolução Industrial; é provável que o rápido desenvolvimento tecnológico e econômico tragam consigo demandas que, hoje, não somos nem capazes de prever (BOBBIO, 2004, p. 34).

Leciona Ferreira Filho (2005, p. 79), em sua obra *Direitos Humanos Fundamentais*, na divisão dos direitos fundamentais, com suas três dimensões, há dentro da segunda dimensão os direitos sociais, e na terceira dimensão os direitos de solidariedade, ou da fraternidade, sendo que esta ordem segue basicamente o lema da Revolução Francesa, ou seja, liberdade, igualdade e fraternidade. Os de fraternidade cresceram basicamente no cenário internacional, e, entre outros, tem como exemplos o direito à paz e ao meio ambiente.

Enquanto alguns direitos são modificados, outros surgem oriundos dos novos estilos das relações humanas, que atualizam constantemente os seus hábitos convencionais e do estilo inovador de lidar com a vida. Diante de tais transformações é possível perceber que os direitos ligados à privacidade avançaram mais pelo aumento gradativo do seu campo de aplicação nos dias atuais.

Contudo, o que interessa, efetivamente, para além dos argumentos doutrinários que sempre surgirão, é que a eficácia dos direitos humanos sirva de parâmetro para as próximas cartas constitucionais, não meramente como formalidade, mas com vontade política e soberana de cada nação.

1.4 Documentos internacionais sobre a igualdade

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, resultada da revolução política na França, adotada pela Assembleia Nacional em 26/08/1789, foi, de todos os documentos já

mencionados, embora sem extensão internacional, o de maior importância e repercussão em relação aos princípios da igualdade. Essa revolução transformou toda concepção de direitos, renovando, inclusive, as estruturas sociopolíticas da época, que ecoam até os dias atuais.

As ideias de liberdade, igualdade e fraternidade foram os pilares da Revolução, e esta tríade permeia sólida na história. Comparato (1999, p. 117) expressa sobre essas novas estruturas políticas:

A Revolução Francesa desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentará até então. Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. A liberdade, para os homens de 1789, consistia justamente na supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofício. E a fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios.

O tripé em que se apoiou a Revolução Francesa de 1789 (*“liberté, égalité, fraternité”* – liberdade, igualdade, fraternidade), que permeia a Constituição Brasileira de 1988 e que constitui, hoje, uma das bases mais sólidas dos direitos e garantias individuais nela inscritos, foi, sem sombra de dúvida, o ponto central, pois objetivou o rompimento do modelo absolutista monárquico, de privilégios e desigualdade, atendendo ao anseio do povo simples francês da época, oprimido por um rei com poderes absolutos e por grupos privilegiados – o clero e a nobreza -, ao passo de estar disposto em mais de um artigo da Declaração, a saber:

Artigo 1º - Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem se basear na utilidade comum.

[...]

Artigo 6º - A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm direito a contribuir pessoalmente, ou pelos seus representantes, para a formação da lei.

Ela deve ser a mesma para todos, quando protege e quando pune. Sendo todos os cidadãos iguais aos seus olhos, eles são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos segundo sua capacidade e sem outra distinção além de suas virtudes e seus talentos.

[...]

Artigo 13º - Para o sustento da força pública e para as despesas da administração é indispensável uma contribuição comum; ela deve ser igualmente repartida entre os cidadãos, proporcionalmente às suas faculdades (DECLARAÇÃO... 1789).

Referida Declaração possui tamanha importância pelo fato de ter promovido a universalização dos direitos humanos. Foi efetiva ao preocupar-se com o direito humanitário,

ao estabelecer a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos dos trabalhadores assalariados.

Durante o século XX, a humanidade, embora com novos ideais, passou por grandes guerras, culminando com a Segunda Guerra Mundial. O sofrimento da sociedade fez com que os direitos humanos fossem reafirmados, igualmente com relação ao princípio da igualdade (1999, P. 42-44). Ao final desta guerra, ante a extensão dos danos patrimoniais, políticos, sociais e, principalmente, danos imensuráveis no que se refere aos direitos fundamentais, ocorreu uma nova compreensão axiológica da dignidade da pessoa humana, onde a sobrevivência dos povos exigiu a colaboração de todos na reorganização das relações internacionais extremamente abaladas. Logo após o término da guerra, as nações se reuniram na denominada Conferência de São Francisco, onde foi editada a Carta das Nações Unidas, tendo seus signatários os membros declarados pela ONU.⁷

Referida Carta confirma a existência de um direito de autodeterminação dos povos, dando a fundamentação para a elaboração do documento mais importante para os direitos humanos reconhecidos no direito moderno, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O artigo 55 da Carta das Nações Unidas bem explicita a fundamentação:

Artigo 55 – Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

- a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e
- c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

O princípio da igualdade novamente ganha destaque no *caput* do transcrito artigo. Embora se trate de um instrumento aconselhador, que a Assembleia Geral das Nações Unidas fez a seus membros, vários textos constitucionais ganharam novos contornos com a inclusão desses ditames.

A igualdade prevista no preâmbulo, assim como em vários artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, decorreu justamente daquela Carta. Oportuno transcrever alguns trechos da DUDH (1948), neste sentido:

⁷ O Brasil aprovou a Carta das Nações Unidas pelo Decreto-lei 7.935/1945, retificando-a em 21 de setembro.

PREÂMBULO

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo;

[...]

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Artigo I

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

[...]

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direitos, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Vislumbra-se que a cada momento da história o princípio da igualdade representa um grau de conquista, pois, inicialmente, tinha como escopo eliminar os privilégios de nascimento, colocando todos os indivíduos num mesmo patamar perante a lei. Contudo, a igualdade formal não é suficiente para superar as desigualdades, devendo ampliar este conceito para se alcançar a igualdade material.

1.5 A igualdade nas constituições do Brasil

O estudo das constituições brasileiras permite vislumbrar a presença do princípio da igualdade expresso em seus textos. A primeira Constituição brasileira de 1822 teve forte inspiração no movimento revolucionário francês ao final do século XVIII, acolhendo o princípio da igualdade que passou a figurar em todas as demais constituições que a sucedeu, muito embora, em determinados momentos a igualdade sequer existiu em sua acepção formal, porquanto na Constituição de 1824, o princípio transitava com a legitimação da escravatura. Nesta mesma Carta Constitucional, envolvida pela tendência mundial da época, a distinção repousava sob os mantos dos méritos individuais dos cidadãos. O princípio da igualdade está disposto no artigo 179, XIII, do texto constitucional, repousado numa cláusula geral, prescrevendo que a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

Na Constituição de 1891, inaugurada com o fim do regime monárquico, todos os privilégios de classes superiores foram extintos ou vedados. Todavia, com o decurso temporal, viu-se que o autoritarismo, os privilégios e os títulos, ainda que não escritos, foram mantidos sob a imposição das classes superiores. De forma pouco mais aguda, porém sem dar valorização material ao tema da igualdade, a Constituição Republicana, em seu artigo 72, retratou a essência formal de igualdade (BRASIL, 1891).

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

[...]

§ 2º Todos são iguais perante a lei.

Na Constituição de 1934 se manteve a igualdade perante a lei, porém traz em seu texto um novo elemento que descaracteriza as distinções por motivos de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas, ou seja, assume que existem questões tradicionalmente desencadeadoras de desigualdade e formalmente as recrimina. A igualdade veio disposta no artigo 113, item 1: “Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”. O tema da igualdade é novamente reprisado quando inibe a distinção salarial, assim, expresso no artigo 121, § 1º, letra “a”: “proibição de diferenças de salário por um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil” (BRASIL, 1934).

Todavia, com a Constituição de 1937, o elemento supracitado, que outrora era inovação, foi excluído. Neste ínterim, destaca-se a Consolidação das Leis do Trabalho, a qual tornou-se defesa à diferenciação nos rendimentos com base no sexo, nacionalidade ou idade. O tema da igualdade foi abordado na parte denominada “Dos Direitos e Garantias Individuais”, artigo 122, item 1, assim, redigido: “Todos são iguais perante a lei” (BRASIL, 1937).

Por sua vez, a Constituição de 1946 consolidou o princípio da igualdade, bem como houve a proibição da propaganda de preconceitos de raça ou classe. O artigo 141, § 1º, então, enfatiza o preceito da igualdade, nestes termos: “Todos são iguais perante a lei” (BRASIL, 1946).

Em decorrência das crises políticas que o país enfrentou a partir de 1961, foram criadas condições para a intervenção das forças armadas que tomaram o poder em 31/03/1964, por meio de “golpe” popularmente denominado. Com isto, institucionalizou-se a

Ditadura do Regime Militar, convocando o Congresso Nacional – apenas para dar ares de legitimidade – para discutir e aprovar um novo texto constitucional. Sobre a Constituição de 1964, é pertinente relatar que o Brasil tornou-se signatário da Convenção nº 111 da OIT - Organização Internacional do Trabalho, a qual definiu a discriminação como:

[...] toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão [...] (BRASIL, 1964).

No que alude à Carta Política de 1967, há que se mencionar que se deu a constitucionalização da punição do preconceito de raça. Um ano após, o Brasil ratifica a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Racismo, ao dispor que "não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais", admitindo a necessidade e a validade de ações para o progresso de determinados grupos. Mesmo em um regime ditatorial esta nova Carta Constitucional (1967), a qual sofreu logo sensíveis modificações em 1969, dando-lhe muito mais rigor, reproduziu todos os princípios e garantias da Constituição que a antecedeu, porém ficaram apenas no papel (BALEEIRO, 2001). A igualdade manteve seu aspecto jurídico formal, figurando no artigo 153, § 1º, em que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas". Será punido pela lei o preconceito de raça. Vale destacar, aqui, que os Atos Institucionais (AI), dentre eles o de 5/1968, violou vários direitos e, em decorrência disto, a igualdade permaneceu como letra morta nesta Carta Constitucional (BRASIL, 1967).

A Constituição de 1969, em sua emenda nº 1, proclamou apenas que não seria tolerada a discriminação (BRASIL, 1969).

Somente após a abertura política e de um processo de transição democrática, é que, rompendo com o período ditatorial, editou-se a atual Constituição (1988). Esta nova Constituição restaurou o regime democrático, elevando o rol de direitos e garantias individuais como nunca no processo histórico brasileiro havia ocorrido.

Destarte, os Direitos e Garantias além de ganhar novo *status* – de fundamentais –, houve clara preocupação do constituinte em colocá-los logo no início do texto constitucional, elevando o ente humano como prioridade no Estado Democrático Republicano (BALEEIRO, 2001).

Logo, em seu artigo 5º, *caput*, prescreve o princípio da igualdade, cujo texto está, assim, redigido:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

E, no inciso I do mesmo artigo: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

Para finalizar, cumpre destacar que o princípio da igualdade, que ao menos de maneira formal, sempre esteve inserido nas Cartas Constitucionais brasileiras, no entanto, é com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, ao declarar um novo momento no constitucionalismo brasileiro, se inaugura uma nova concepção sobre a igualdade. Essa nova percepção paira sobre as desigualdades sociais, econômicas, regionais, culturais presentes e consideradas no texto constitucional, em decorrência do pluralismo político (artigo 1º, V) e do reconhecimento da ocorrência da pobreza e da marginalização social e regional.

1.6 Conceito de igualdade

Como observado até aqui, a inserção do direito à igualdade no texto constitucional brasileiro é fruto de uma intensa e vasta luta histórica. A conquista dos direitos de segunda dimensão demonstra uma preocupação com a dignidade da pessoa humana que, em decorrência das injustiças sociais perpetradas entre os séculos XIX e os primeiros anos do século XX, levou a uma deterioração do quadro social.

Embora tenha esta realidade desencadeado o surgimento de um novo pensamento entre os indivíduos das mais diversas sociedades democráticas, com a conquista de uma igualdade de todos perante a lei, pois as desigualdades econômicas e sociais estavam enraizadas em decorrência dos privilégios oriundos do capitalismo e liberalismo, resta, ainda, saber qual o verdadeiro significado da palavra igualdade.

O vocábulo igualdade, segundo o Novo Dicionário da Língua Portuguesa, pode ser entendido como:

Igualdade. [do lat. Aequalitate.] S. f. 1. Qualidade ou estado de igual; paridade. 2. Uniformidade, identidade. 3. Equidade, justiça. 4. Mat. Propriedade de ser igual. Igualdade moral. Et. Relação entre os indivíduos em virtude da qual todos eles são portadores dos mesmos direitos fundamentais que provêm da humanidade e definem a dignidade da pessoa humana (IGUALDADE, 1986, p. 915).

A definição trazida não parece suficiente para afastar o conteúdo cultural abrangido historicamente pelo tema da igualdade, havendo, desde a Grécia antiga, vários entendimentos sobre a mesma. Platão, em a “República”, diz haver homens e mulheres de ouro, de prata e de bronze. Cada uma delas com funções específicas, segundo a hierarquia atingida, a qual dependia tão somente de méritos individuais, sendo assegurada a todos as mesmas condições de oportunidade. Aristóteles, em sua obra “Ética a Nicômaco”, ao abordar a justiça, estabelece que existem dois conceitos de justiça – legitimidade (mais amplo) e igualdade (mais estrito), de modo que nem tudo o que é ilegítimo é desigual e vice-versa. Especificamente, a justiça como igualdade poderia ser dividida em justiça distributiva (justo é proporcional) e justiça corretiva (justiça é solucionar conflitos), sendo, porém, dificultoso encontrar a verdade exata. E termina com a célebre frase: Igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Cícero, ao aplicar os princípios trazidos por Platão para poder analisar as formas de governo, afirma que mesmo na democracia, a igualdade daí decorrente torna-se uma injusta desigualdade, posto que não existe meio de se diferenciar os cidadãos pelos seus méritos. Ressalta, que a igualdade de direito ou da democracia é inalcançável (VILAS-BOAS, 2003, 3-16).

Na Cidade de Deus, Santo Agostinho pugna pela necessidade de desigualdade em respeito à ordem celestial e assevera que ninguém é escravo do homem e nem mesmo do pecado, mas que a escravidão penal, determinada pela lei, deveria ser mantida, pois somente aplicada por descumprimento da lei (um poder temporal e não celestial). Tomás de Aquino leciona que a desigualdade é um designo de Deus destinado a fazer ressaltar a beleza da ordem por Ele estabelecida, compelindo os homens à busca da vida harmônica. Distingue tal como Aristóteles, a justiça distributiva e comutativa.

Locke (1998, p. 385-386), a partir do estado de natureza, contempla que os homens eram igualmente e absolutamente livres e que, com o pacto social, eles não abrem mão de qualquer dos seus direitos naturais.

E para que todos os homens sejam impedidos de invadir direitos alheios e de prejudicar uns aos outros, e para que seja observada a lei da natureza, que quer a paz e a conservação de toda a humanidade, **a responsabilidade pela execução da lei da natureza é, nesse estado, depositada nas mãos de cada homem, pelo que cada um tem o direito de punir os transgressores da dita lei em grau que impeça sua violação.** Pois a lei da natureza seria vã, como todas as demais leis que dizem respeito ao homem neste mundo, se

não houvesse alguém que tivesse, no estado de natureza, um poder para executar essa lei e, com isso, preservar os inocentes e conter os transgressores. E se qualquer um no estado de natureza pode punir a outrem, por qualquer mal que tenha cometido, todos o podem fazer, pois, nesse estado de perfeita igualdade, no qual naturalmente não existe superioridade ou jurisdição de um sobre outro, aquilo que qualquer um pode fazer em prossecução dessa lei todos devem necessariamente ter o direito de fazer. [GRIFO NOSSO]

Rousseau (2000, p. 51) diz que naturalmente havia entre os homens pequenas desigualdades de ordem natural ou física e de ordem moral ou política, pelo que, com o desenvolvimento, elas foram aumentando.

Contemporaneamente, Bobbio (2004, p. 23) vê a igualdade com uma aspiração ou como uma relação, neste caso devendo ser determinado os sujeitos dessa relação e o liame observado entre eles: quem é igual a quem e em relação a quê? Para Heller (1981, p. 34), o objeto da relação de igualdade pode ser uma liberdade (política ou individual), ou uma oportunidade de vida.

Rawls (2008, p. 121) *apud* Sandel (2012, p. 194) apresenta dois princípios de justiça: a igualdade, como isonomia no direito (dado que a igualdade de fato é impossível); e a diferença (de fato) que seriam toleradas desde que proveitosas aos menos favorecidos, como explica o próprio filósofo:

O princípio da diferença representa, na verdade, um acordo para considerar a distribuição das aptidões naturais um bem comum e para compartilhar quaisquer benefícios que ela possa propiciar. Os mais favorecidos pela natureza, não importa quem seja, só devem usufruir de sua boa sorte de maneira que melhorem a situação dos menos favorecidos. Aqueles que se encontram naturalmente em posição vantajosa não devem ser beneficiados simplesmente por ser mais dotados, mas apenas para cobrir os custos com treinamento e educação e usar seus dotes de modo a ajudar também os menos afortunados. Ninguém é mais merecedor de maior capacidade natural ou deve ter o privilégio de uma melhor posição de largada na sociedade. Mas isso não significa que essas distinções devam ser eliminadas. Há uma outra maneira de lidar com elas. A estrutura básica da sociedade pode ser elaborada de forma que essas contingências trabalhem para o bem dos menos afortunados.

Singer (1998, p. 30) diz que a igualdade precisa ser considerada um princípio ético básico e não uma relação factual. Com isso, transcende todo o aspecto individual ou plural, considerando-se apenas os interesses (sem titulares), refletindo o princípio básico da igualdade: o princípio da igual consideração dos interesses, cujo cerne está na atribuição de igual importância entre eles.

Dworking (1977, p. 227) distingue diversas concepções de igualdade, sendo umas mais afetas aos interesses privados e outras à responsabilidade pública. Divide, também, o direito à igualdade em dois: a igual tratamento (distribuição de oportunidades) e a ser tratado como igual (mesma consideração e respeito). Somente este último seria um direito fundamental, sendo o primeiro dele derivado.

Perelman (1996, p. 214), ao confrontar a igualdade e justiça, salienta ser esta hoje uma das mais controvertidas, embora a igualdade comporte uma definição formal e incontestada no mundo da aritmética, existindo fora dela tão somente um conceito aproximado. Seis são as fórmulas de justiça distributiva apresentadas pelo filósofo: a cada qual a mesma coisa; a cada um segundo seu mérito; a cada qual segundo suas obras; a cada qual segundo suas necessidades; a cada qual segundo a sua posição e a cada qual segundo o que a lei lhe atribuir. Perelman, ainda, aproxima a igualdade (igualdade de tratamento - formal) à ideia de justiça, tratamento igualitário entre os seres humanos. Em sua aceção, a igualdade não tem de ser justificada, pois é presumida justa: a desigualdade, pelo contrário, se não é justificada, parece arbitrária, portanto injusta. O parâmetro de justiça consiste numa certa aplicação da ideia de igualdade que, nos dizeres de Perelman (1996, p. 14-15), seria como um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma.

É possível observar que são diversas e variadas as abordagens sobre o tema igualdade, sendo imprescindível que se traga uma conceituação de um princípio jurídico da igualdade, ponto no qual a observação de Mello (2002, p. 18) é destacada:

Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu a fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preconceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimientos as para os atingidos.

No entanto, as conquistas igualitárias estabelecidas com os direitos fundamentais de segunda dimensão, baseados na concepção da Revolução Francesa, consagrada pelo liberalismo clássico onde todas as pessoas são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, não obstante, constituiu uma sociedade desigual: da desigualdade de posses e de bens.

Nesse sentido, Comparato (1999, p. 226) manifesta que:

O advento da civilização burguesa, que aboliu os privilégios e a sociedade estamental mediante a instituição da chamada isonomia ou igualdade perante a lei, serviu na realidade de pano de fundo para que se desenvolvesse, de modo rápido e devastador, a mais profunda desigualdade de posses e bens que a humanidade jamais conheceu.

O reconhecimento do direito à igualdade constituído pelos principais documentos históricos e constitucionais não se mostram suficientes para extirpar as desigualdades. Esta permanecerá presente no meio da sociedade, enquanto se estiver limitado o preceito de igualdade sob o manto meramente formal, igualdade perante a lei.

O que justifica essa falta de igualdade é o fato de que ao longo do processo histórico, nem todos os grupos sociais foram prestigiados igualitariamente, justamente, em razão do modelo liberal adotado, em que grupos desfavorecidos se viram cada vez mais distantes dos ganhos pretendidos, sobretudo, num mundo capitalista e globalizado.

Nessa toada, o Estado foi grande contribuinte no agravamento das desigualdades em razão de seu distanciamento das questões sociais, quedando-se inerte quanto a economia de mercado, definido pelo modelo liberal capitalista. Outrossim, foi omissivo quanto a realização de políticas públicas de inclusão social e reparatórias de desigualdades, aos grupos sociais vulneráveis, incluindo, nestes, negros, mulheres, deficientes físicos, idosos, religiosos, pobres, etc. O Estado deixou de considerar as particularidades de cada pessoa no grupo social (MELLO, 2002, p. 18).

Imprescindível que a igualdade primada pelo princípio constitucional tenha que levar em consideração aspectos individuais como coletivos, para que se possa construir um conceito de igualdade que é o ponto central do conceito universal de direitos humanos (MELLO, 2002, p. 19).

Bonavides (1996, p. 340-341) salienta que o princípio da igualdade representa o guardião do Estado Social tão como inseridos nas conquistas dos direitos humanos:

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do estado democrático contemporâneo.

De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito chave, o direito guardião do Estado social.

No início de século XX, Rui Barbosa (2003, p. 19) trouxe o tema para debate, valendo destacar sua análise:

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhear desigualmente os desiguais, na medida que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei de igualdade. Tratar desigualmente os iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade aparente, e não, igualdade real.

A Constituição Federal de 1988 ao primar sobre o princípio da igualdade não o restringiu apenas no seu aspecto formal, não estabeleceu discriminações ou desigualdades na lei, mas para servir como um instrumento de efetiva promoção da igualdade jurídica.

Há uma distinção entre princípio da igualdade na lei e princípio da igualdade perante a lei, justamente na medida em que aquela define que a produção das normas jurídicas não pode consubstanciar desigualdades não autorizadas pela norma constitucional, destinada precipuamente aos órgãos legislativos, ao passo que esta determina que a aplicação das regras jurídicas deve ser realizada de acordo com o estatuído pelas mesmas, ainda que resulte desigualdades, direcionada principalmente aos órgãos judiciais, reunidas sob a elocução “iguais perante a lei” (JACQUES, 1957, p. 48).

Além disso, existe uma divisão entre o princípio da igualdade formal, que pode ser também denominada de igualdade perante a lei, civil ou jurídica e o princípio da igualdade material, também podendo ser designado como a igualdade na sociedade, real ou fática, uma vez que a primeira assegura a produção e aplicação igualitária de regras jurídicas, enquanto a segunda tem como escopo a igualdade efetiva perante os bens da vida, sendo uma condição da outra, haja vista que a atribuição de direitos em paridade antecede a alteração da estrutura social e econômica, mediante a retirada de obstáculos que impeçam a sua efetiva verificação (DANTAS, 1953, p. 56).

Com os inúmeros debates sobre o tema da igualdade, a sua valoração ganhou novo status, passando o princípio da igualdade no conceito atual de um estado social e democrático que representa uma ação, uma força viva por parte do Estado para estabelecer de fato uma igualdade entre os seus cidadãos.

1.6.1 A igualdade e o *discrimen*

O vocábulo igualdade traz a lume a ideia de equivalente, de identidade, de uniformidade. O seu significado no direito está focado para todo o ordenamento jurídico,

norteando tanto o legislador como o aplicador da lei para assegurar o nivelamento perante e em virtude da lei a todos os cidadãos.

Neste mesmo sentido, assinala Mello (2007, p. 09):

O preceito magno da igualdade é a norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. [...] A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo políticoideológico absorvido pelo princípio da igualdade e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela, hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

Assim sendo, conclui-se que no sentido constitucional somente haverá igualdade quando se puder dar validação a este princípio na aplicação deste direito.

Partindo dessa premissa, o Estado deve buscar constantemente a igualdade substancial, renunciando a neutralidade, principalmente, onde, por muito tempo, tiveram grupos que foram subjugados, tais como os negros, em decorrência da escravidão e as mulheres, em razão do regime patriarcal. Estes são exemplos de que determinadas categorias de pessoas sofreram ao longo da história discriminações, sendo marginalizadas e inferiorizadas social, cultural e economicamente, ao tempo em que se distribuía verdadeiros privilégios para poucos.

Não se trata, com isso, socializar privilégios, mas de eliminá-los quando nenhuma situação de desigualdade plenamente justificável exigir suas adoções.

Rocha (1996, p. 86) demonstra com extrema maestria as situações de injustiça que se perpetuaram historicamente:

Em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e

comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política.

Urge, então, a necessidade de uma nova percepção do princípio da igualdade, que supere o limite textual normativo (igualdade formal), passando a considerar as desigualdades reais factuais, ou seja, tornar propícia a igualdade do ponto de vista material.

Para tanto, ou seja, para que se tenha uma igualdade de fato é imprescindível desequipar as pessoas que se encontram em situações diferenciadas, utilizando-se de critérios de desequiparação em termos jurídicos, isto é, por meio da lei é que se dará um tratamento diferenciado a determinados grupos sociais com a finalidade de se obter maior igualdade substancial ou igualdade material.

A questão da possibilidade da lei dispensar tratamento desigual aos indivíduos que se encontrem em situações desiguais sem ferir o próprio princípio da igualdade, entalhado na Carta Constitucional, é respondida por Mello (2007, p. 18) que diz ser possível desde que não sejam em situações fortuitas e injustificadas. Segue sua explicação:

Por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo *igualdade*, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações *arbitrárias*, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.

Para o jurista, existem algumas regras que autorizam ou não tais discriminações e que servem de critérios para identificação do descumprimento à regra da isonomia, sendo que o reconhecimento das diferenciações somente será válido, sem a quebra da isonomia, quando verificadas três hipóteses:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*,

afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Essas questões, que servem como requisitos autorizadores e acolhimento de uma ação discriminatória (positiva), também denominada de *discrímen*, não devem ser analisadas isoladamente. Deverão ser interpretadas em conjunto com a norma jurídica, pois se inobservada esta imbricação, a simples ofensa a qualquer destes requisitos desqualificará o método definido para a distinção.

Desta feita, o *discrímen* somente se consagra dentro do próprio princípio da igualdade quando consentâneo com todos os aspectos que justificam a excepcionalidade de regras que rompem o critério da igualdade formal.

Mello (2007, p. 21-22), após esmiuçar cada um desses aspectos, conclui que ocorrerá ofensa ao princípio constitucional da isonomia quando:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extraí dela distinções, *discrímens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

Assim sendo, desde que justificadas as discriminações, são permitidos os tratamentos jurídicos diferenciados. Segundo Carmem Lúcia (1996, p. 88), o princípio da igualdade teve uma reversão em seu do seu conceito jurídico, ou seja, de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas para um conceito positivo de condutas promotoras de igualdade jurídica.

O Supremo Tribunal Federal consagrou necessária a justificação das condutas discriminatórias e perfilhou o seguinte entendimento: [...] O princípio isonômico revela a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas (BRASIL, 1998, p. 45).

Nesse desiderato, é que a Suprema Corte brasileira posiciona-se no sentido da possibilidade de dar tratamento diferenciado em situações desiguais com o fim de se atingir a isonomia entre os indivíduos (RE 453.740; ADI 3.305).⁸

A regra é que todos devem ser tratados igualmente perante a lei e por meio dela, e que somente em casos excepcionais, diante de razões previamente justificadas admitir-se-ia a

⁸ Discute-se a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei no 9.494, de 10 de setembro de 1997, o qual decorre da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. A Lei n. 9.494, de 1997, em linhas gerais, disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. O núcleo da discussão deste Recurso Extraordinário centra-se no aludido art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 1997, que dispõe: ‘os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano’. [...] A decisão teve por base no Enunciado no 32 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro que dispõe: ‘O disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 fere o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF) ao prever a fixação diferenciada de percentual a título de juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos federais.’ Não penso assim! O atentado à isonomia consiste em se tratar desigualmente situações iguais, ou em se tratar igualmente situações diferenciadas, de forma arbitrária e não fundamentada. É na busca da isonomia que se faz necessário tratamento diferenciado, em decorrência de situações que exigem tratamento distinto, como forma de realização da “**igualdade**”. É o caso do art. 188 do Código de Processo Civil, que dispõe: ‘computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público’. Razões de ordem jurídica podem impor o tratamento diferenciado. O Supremo Tribunal Federal admite esse tratamento, em favor da Fazenda Pública, enquanto prerrogativa excepcional (AI-AgR 349477/PR — rel. Min. Celso de Mello, *DJ*- 28-2-2003.) Esta Corte, à vista do princípio da razoabilidade, já entendeu, por maioria, que a norma inscrita no art. 188 do CPC é compatível com a CF/88 (RE 194925-ED-EDV Emb. Div. nos Emb. Decl. no RE, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 19-4-02). Com efeito, a Fazenda Pública e o Ministério Público têm direito a prazo em dobro para recursos (RE 133984, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* 15-12-98). Não é, porém, a questão que se põe nos presentes autos. O conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da “**igualdade**” pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva segundo Maurer a uma inconstitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*). A análise exige, por isso, modelos de comparação e de justificação. Se a Lei trata igualmente os credores da Fazenda Pública, fixando os mesmos níveis de juros moratórios, inclusive para verbas remuneratórias, não há falar em inconstitucionalidade do art. 1º-F, da Lei n. 9.494, de 1997. Se os trata de modo distinto, porém justificadamente, também não há cogitar de inconstitucionalidade da norma legal aqui discutida. Por fim, justificar-se-ia a identificação de inconstitucionalidade no art. 1º-F da Lei no 9.494, de 1997, se comprovada a existência de tratamento não razoável. A análise da situação existente indica não haver qualquer tratamento discriminatório, no caso, entre os credores da Fazenda Pública, que acarretem prejuízo para servidores e empregados públicos (BRASIL, 2007).

[GRIFO NOSSO]

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 77 da Lei federal n. 9.504/97. Proibição imposta aos candidatos a cargos do Poder Executivo referente à participação em inauguração de obras públicas nos três meses que precedem o pleito eletivo. Sujeição do infrator à cassação do registro da candidatura. Princípio da “**igualdade**”. Artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição do Brasil. Violação do disposto no artigo 14, § 9º, da Constituição do Brasil. Inocorrência. A proibição veiculada pelo preceito atacado não consubstancia nova condição de elegibilidade. Precedentes. O preceito inscrito no artigo 77 da Lei federal n. 9.504 visa a coibir abusos, conferindo “**igualdade**” de tratamento aos candidatos, sem afronta ao disposto no artigo 14, § 9º, da Constituição do Brasil. A alegação de que o artigo impugnado violaria o princípio da isonomia improcede. A concreção do princípio da “**igualdade**” reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da “**igualdade**”, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. (BRASIL, 2006).

[GRIFO NOSSO]

desequiparação que, para Mello, só se tornaria inadmissível caso não houvesse correlação entre o elemento *discrimin* e os efeitos jurídicos perseguidos.

Somente por intermédio da lei é possível distinguir pessoas, situações e grupos, exigindo-se que estas diferenciações estejam em harmonia com o próprio princípio da igualdade e, somente assim, alcançar a igualdade material entre os indivíduos que se encontram em posições de desigualdade.

1.6.2 Algumas discriminações legítimas

Existem algumas discriminações que podem ser consideradas legítimas, sem afrontar qualquer princípio básico de conduta, além das ações afirmativas. A própria lei pode servir de exemplo dessas discriminações legítimas, quando exige, que para o exercício de determinada profissão, uma qualificação específica, como médicos, engenheiros, advogados, professores, etc. Embora a qualificação não seja específica, determinados empregos podem exigir a contratação somente de homens ou somente de mulheres, dependendo na natureza do cargo ofertado.

Silva (2017, p. 01) afirmou que “em determinadas circunstâncias, pode ser ela admissível, notoriamente quando a discriminação for essencial para o desenvolvimento de uma modalidade de trabalho ou tarefa que exija habilidades técnicas específicas ou que seja mais adequadamente realizada por integrantes de um sexo ou raça. É que, de fato, a natureza do negócio, em algumas situações, pode tornar necessário que haja a seleção discriminatória de indivíduos”.

A Convenção Internacional n.º 111 da OIT prevê esta possibilidade denominada teoria das necessidades do negócio (*business necessity*), que versa sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão. O artigo 1º, item (2) da referida convenção estabelece que “As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação”. Assim sendo, a rejeição não pode ser tratada como discriminação, por determinadas instituições de ensino, de contratação de professores para ministrar aula de ensino religioso, quando o candidato pertencer a uma outra religião. Se determinado curso de Direito tem uma posição afinada com o direito positivo, o que torna assim conhecido, pode recorrer a contratação de um professor que defende o direito alternativo, pois o que está em jogo é a atividade empresarial. Um

restaurante japonês, para dar credibilidade a sua culinária raiz, estaria autorizado somente a contratar empregados japoneses.

O artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, proíbe “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Contudo, esta norma foi flexibilizada pelo Supremo Tribunal Federal, que editou a Súmula 683 com a seguinte redação: “O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

Nery Júnior (2004, p. 72-73), ao tratar do princípio da isonomia, também aventou esta possibilidade:

A limitação de idade imposta por editais de alguns concursos públicos só será constitucional se a discriminação for justa. É preciso, portanto, interpretar essas normas limitadoras do ingresso no serviço público ou privado por idade, de acordo com a Constituição. A interpretação conforme a Constituição pode ocorrer, por exemplo, quando a natureza do cargo ou o tempo que restar para a pessoa prestar serviços para administração pública justificar.

A justificativa deverá encontrar amparo nos demais princípios constitucionais para sua validade, sob pena de se permitir acesso a emprego ou a cargo a um número reduzido de pessoas, o que acarretaria numa discriminação negativa, podendo ser abolida a prática por meio de uma demanda judicial.

Dessa forma, a discriminação legítima demanda para sua regular caracterização, motivos fundados na qualificação exigida para o cargo. Contudo, essa medida somente será admitida quando a necessidade decorrer do negócio ou das especificações estritamente necessárias, pois meras diversidades não influentes acabariam por gerar discriminação negativa, podendo ser repudiada *prima facie* mediante demanda judicial.

1.6.3 Igualdade formal e material

A Constituição Federal do Brasil de 1988 consagra, em seu artigo 5º, o princípio da igualdade, estabelecendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Na visão futurística e sempre atualizada de Aristóteles definiu com simplicidade o real significado da igualdade, e é categórico ao conceituar que a igualdade consiste em dar tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

Nos tempos atuais, é citado, geralmente, Rui Barbosa (1999, p. 26), que também definiu o princípio constitucional da igualdade com toda a maestria que lhe é peculiar, sendo oportuno transcrever parte do seu discurso aos bacharelados da Faculdade de Direito de São Paulo (USP), em 1920, intitulado “Oração aos Moços”:

[...] A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Essa blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria [...].

A igualdade jurídica entre os povos, contemporaneamente, é algo bastante perceptível, uma vez que a maioria das regras e normas jurídicas criadas trazem, em seus textos, o caráter isonômico da igualdade. A igualdade trazida no bojo da lei é denominada de igualdade formal. Contudo, no plano fático a efetivação da igualdade positivada não tem surtido os efeitos apregoados. Muito embora a Constituição Federal traga elencados os diversos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, de forma indistinta, não são observados no campo da realidade factual, pelo menos para um número expressivo da população brasileira, pois os mecanismos não são suficientes para a construção de uma sociedade igualitária, fraterna e solidária. Assim, é compreendida como igualdade material justamente a igualdade desejada. A má distribuição de renda e o acúmulo de riquezas impossibilitam, de modo geral, a inserção dos excluídos no processo de ajuste democrático. A igualdade prevista na carta constitucional alcança apenas as pessoas, que pelo status social que já possuem e, assim sendo, dispensariam qualquer forma de proteção e garantia estatal.

A diferença entre a igualdade material e a formal e seus efeitos práticos, foram sintetizados por Silva (2017, p. 01):

Na história do Estado de Direito, duas noções de princípio da igualdade têm sido recorrentes nos textos constitucionais. De um lado, na acepção de igualdade formal, fala-se na necessidade de vedar ao Estado toda sorte de tratamento discriminatório negativo, ou seja, de proibir todos os atos administrativos, judiciais ou expedientes normativos do Poder Público que visem à privação do gozo das liberdades públicas fundamentais do indivíduo com base em critérios suspeitos tais como a raça, a religião ou a classe

social. De outro, sustenta-se que, além de não discriminar arbitrariamente, deve o Estado promover a igualdade material de oportunidades por meio de políticas públicas e leis que atentem para as especificidades dos grupos menos favorecidos, compensando, desse modo, as eventuais desigualdades de fato decorrentes do processo histórico e da sedimentação cultural.

Note-se que o segundo conceito de igualdade absorve e amplia o primeiro, pois igualdade formal e igualdade material são manifestações do princípio da isonomia em duas gerações sucessivas de direitos fundamentais. Para ser mais explícito, o princípio da igualdade material não só veda o tratamento discriminatório, como também preconiza a implementação de políticas públicas tendentes a exterminar ou mitigar as desigualdades de fato.

A diferença está basicamente na postura do Estado em relação à igualdade, pois, enquanto o Estado Liberal se contenta em não produzir institucionalmente a desequiparação, o Estado Social, berço da Segunda geração, arroga para si a missão de produzir a equalização como compromisso constitucional.

Adotando desse entendimento, na defesa da igualdade material, Sarmiento (2006, p. 133) salienta que o direito à diferença não está em colisão com a igualdade, mas é antes uma de suas facetas:

[...] é essencial não confundir igualdade com homogeneidade. Respeitar a igualdade, de acordo com a conhecida definição dworkiniana, é “tratar a todos com o mesmo respeito e consideração”. E não se trata com o mesmo respeito e consideração um *outsider* ou integrante de um grupo minoritário, que não compartilhe dos mesmos valores, estilo de vida e projetos da maioria hegemônica, quando não se reconhece o seu direito de ser diferente e de viver de acordo com esta diferença. Como afirmou Boaventura de Sousa Santos – autor que não pertence à mesma escola intelectual de Dworkin, mas que parece em sintonia com ele neste ponto – “*temos o direito de ser igual quando a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza*”. Aliás, poder-se-ia talvez emendar o grande sociólogo português, afirmando que o direito à diferença não está em colisão com a igualdade, mas é antes uma importante faceta sua.

Defensora desta ideia da necessidade de uma igualação material, Carmem Lúcia, explana que a Constituição Federal de 1988, indubitavelmente, marcou de forma decisiva no sentido de se assegurar e buscar a igualdade material. E isso é latente, principalmente quando se vê a redação do artigo 3º, incisos I, III e IV, os quais representam a possibilidade de uma atitude positiva por parte do Estado com o fim de dar efetividade ao princípio da igualdade (ROCHA, 1996, p. 92).

É passado a exigir do Estado a partir desta nova concepção de igualdade, além da igualdade formal, a igualdade material. Embora tratar-se de posições antagônicas, estas não se excluem, mas pelo contrário, se complementam na medida em que é dever do Estado, além de vedar tratamento diferenciado, implementar medidas que atenuem ou eliminem as

desigualdade verificadas. A inércia estatal, que se limita a proibir determinadas condutas não demonstra-se exitosa, uma vez que a discriminação assumiu proporções alarmantes, desencadeando a exclusão de milhares de pessoas, principalmente daquelas agrupadas por origem, raça, sexo, cor, idade, compleição física e demais formas de discriminação, elementos que provocam a existência de minorias sociais.

No Estado Democrático de Direito, a igualdade deve ser vista como um fator de inclusão, de participação e de oportunidades por toda a sociedade, onde todas as pessoas sejam reconhecidas em seus direitos, reciprocamente. Sobre o tema, Habermas (2003, p. 52) afirma:

Uma ordem não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos deve apoiar-se, além disso, e leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos.

O Estado como resposta a este desnivelamento, vem, mediante ações afirmativas, buscar o resgate e a inclusão social das classes menos favorecidas.

Pinho (2005, p. 107) *apud* Séguin (2002) salienta que:

A igualdade total é uma utopia, uma ilusão, somente ocorre no nível imaginário. As pessoas são diferentes e devem ser tratadas de formas distintas para minimizar as desigualdades e o binômio odioso exploração/dominação.

Quando se fala em igualdade, o mais importante é compreender a exata medida do seu conceito, no qual deve-se incluir não somente a igualdade formal, mais especialmente a igualdade material, como a única forma de contemplar a todos os indivíduos de forma indistinta, observando que o tratamento igualitário consiste em tratar igualmente os iguais na medida de suas igualdades.

Não obstante, o fato é que há ainda enormes resistências quanto a percepção destes instrumentos de políticas públicas. Na esfera política, alguns passos foram dados e outros tantos estão por vir, inclusive, com a edição de leis que buscam compensar grupos vulneráveis ou fragilizados, estabelecendo regras diferenciadas de modo a salvaguardar seus interesses, permitindo, assim, a igualação material.

Merece destaque a busca por esse tratamento diferenciado, como forma de promover a igualdade ideal, não cabe somente ao Estado, devendo ser perseguida juntamente com a

iniciativa privada, especialmente, pelas empresas e pela própria sociedade, como forma de fomentar a responsabilidade social de todos, em prol das minorias, mediante ações afirmativas.

1.6.4 Princípio da igualdade na diferença

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 27, dá ênfase aos direitos dos indivíduos pertencentes aos grupos minoritários, podendo ser gozados em comunhão com os demais integrantes do grupo, o que pode impedir a utilização de remédios processuais em defesa coletiva desses direitos⁹. Contudo, o Comitê de Direitos Humanos determinou que essa é uma questão que depende do caso, devendo, também, haver a defesa dos direitos das minorias enquanto direitos coletivos. Desta feita, em casos de respeito à língua, etnia ou religião de uma determinada pessoa pertencente a uma minoria versaria sobre direitos individuais. Quanto ao reconhecimento dos direitos à existência e à identidade de um grupo minoritário enquanto tal, falaria em direitos coletivos.

É o princípio da igualdade de não discriminação o norteador dos direitos das minorias. Observa-se que, além dos direitos comuns a todas as pessoas (direito à vida, à liberdade de expressão, direito de não ser submetido à tortura, etc.), as minorias possuem certos direitos básicos, tais como o direito à existência, o direito à identidade e o direito às medidas positivas (ações afirmativas).

O direito à existência consiste no direito coletivo à vida, ou seja, aquele contra a dizimação do grupo minoritário, tudo conforme é extraído da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. No entanto, outros direitos são postulados para a manutenção do desenvolvimentos das minorias, é o caso do direito à identidade, posto que a simples existência física não dá conta de garantir a permanência das manifestações culturais, como traço distintivo de seu modo de ser.

A ações afirmativas se mostram necessárias no sentido de tornar efetiva a promoção das identidades das minorias e proporcionar condições para a efetivação no gozo de direitos.

⁹ Conclusão tirada a partir do exposto no Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), artigo 1: “Todo Estado Parte no Pacto que se tornar Parte no presente Protocolo reconhecerá a competência do Comitê para receber e examinar comunicações de indivíduos que se encontrem sob sua jurisdição e aleguem ser vítimas de violação, por um Estado Parte, de qualquer dos direitos enunciados no Pacto. O Comitê não receberá comunicação alguma relativa a um Estado Parte no Pacto que não seja parte no presente Protocolo.” Informa Flávia Piovesan: “Atente-se que o Comitê já determinou que um indivíduo só pode ser considerado “vítima”, para os fins do artigo 1º do Protocolo, se pessoalmente sofreu a violação de direito consagrada pelo Pacto.

Assim, os Estados devem dar apoio às minorias de modo a igualá-las à maioria da população, mesmo que isto decorra um tratamento diferenciado, de modo a se obter a igualdade de condições na prática de direitos. Os direitos sociais e culturais englobam os direitos das minorias, e, por isso, exigem uma participação eficaz do Estado em seu processo de implementação.

Merece destaque o artigo do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que reconhece, por exemplo, o direito de todos à moradia adequada, tendo o Comitê de Direitos Econômico, Sociais e Culturais formulado um Comentário Geral em que acentuou a necessidade de adequação cultural de moradia e de políticas públicas que visem a adequá-la à expressão da identidade cultural dos diversos grupos.

CAPÍTULO II - AÇÕES AFIRMATIVAS

2.1 Conceito e objetivos das ações afirmativas

A inércia Estatal ganhou força pelo sistema capitalista que tem como ideologia manter o Estado longe das atividades empresariais, passando a ser mero espectador dos fatos. Sua neutralidade com os problemas sociais e comprazentes com a sociedade dominante originou um processo extremamente desproporcional na distribuição de renda, baseado, exclusivamente, na concentração de capital. A força do trabalho, fonte primária de geração de riquezas, perdeu drasticamente seu valor, uma vez que o trabalhador tornou-se meramente um instrumento do capital, equiparando-se a uma mercadoria. O problema se alastrou e atingiu dimensões imprevisíveis para, ao final, mostrar com clareza os preconceitos que pareciam ser abolidos da sociedade.

Diante dessa constatação, para alguns grupos sociais a realidade se mostrou mais dura, considerados juridicamente inferiores aos demais, em razão dos motivos já elencados anteriormente, quais sejam, origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas discriminatórias.

Merece destaque o fato de que a discriminação é maior em razão do gênero e pela raça, refletindo diretamente no acesso à educação e ao mercado de trabalho.

A inércia Estatal se mostra pelo fato de sua característica não intervencionista na economia, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. No entanto, o lapso temporal tem demonstrado a insuficiência deste mecanismo, passando a exigir do Estado uma participação ativa no enfrentamento na resolução dos problemas sociais. Surgiram, desse modo, as denominadas ações afirmativas, constituídas por políticas públicas positivas de combate à discriminação. Originária dos Estados Unidos da América, propagou-se por todo o mundo, inclusive, no Brasil (GOMES, 2001, p. 36-38).

A incumbência das ações afirmativas consiste justamente em nivelar as classes e grupos sociais com a concessão de vantagens jurídicas quando detectados desníveis, isto é, o desequilíbrio proporcionado no plano dos fatos seria compensado por um desequilíbrio no plano jurídico, tutelado pelo Estado. Como exemplos, citam-se os direitos trabalhistas e os direitos dos consumidores, onde, no primeiro, o legislador, preocupado com a submissão do empregado ao império do patrão, editou normas de caráter protecionista, juridicamente desiguais, mas que permitiram equilibrar o binômio capital e trabalho; no segundo, verificam-

se inúmeras cláusulas abertas, justamente para que o julgador se utilize da equidade e do bom senso no julgamento das causas consumeristas.

Assim, considerando a incumbência das ações afirmativas, Gomes (2001, p. 06) apresenta uma definição muito precisa acerca das mesmas:

Concebidas pioneiramente pelo Direito dos Estados Unidos da América, as ações afirmativas consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.

As ações afirmativas são, assim, traduzidas por Gomes (2003, p. 27):

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebida com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Portanto, as ações afirmativas são todas as medidas privadas ou política públicas que objetivam solevantar determinados seguimentos da sociedade para que possam ter as mesmas oportunidades de competitividade, em razão de terem sido vítimas de discriminações ou injustiças sociais.

As políticas de ações afirmativas, segundo Sarmiento (2006, p. 154), são:

[...] medidas públicas ou privadas, de caráter coercitivo ou não que visam a promover a igualdade substancial, através da discriminação positiva de pessoas integrantes de grupos que estejam em situação desfavorável, e que sejam vítimas de discriminação e estigma social. Elas podem ter focos muito diversificados, como as mulheres, os portadores de deficiência, os indígenas ou os afrodescendentes, e incidir nos campos mais variados, como educação superior, acesso a empregos privados ou cargos públicos, reforço à representação política ou preferências na celebração de contratos.

Não somente o Estado como também a iniciativa privada possuem participação ativa na implementação de políticas públicas, exigindo uma atuação ativa, pois no mundo capitalista, como é cediço, somente as pessoas com poder decisório são capazes de sustentarem mudanças nas estruturas sociais. Assim sendo, as ações afirmativas devem e tem que ser implementadas tanto pelo poder Estatal como pela atividade privada, tendo como

mote o combate a todas as formas de discriminação existentes e também àquelas que estiverem por vir.

Imprescindível estabelecer as diferenças das políticas governamentais “neutras” de combate à discriminação, das políticas governamentais “positivas” de combate à discriminação mediante as ações afirmativas. Gomes (2001, p. 40-41) demonstra acertadamente esta distinção:

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade ao acesso a bens fundamentais como a Educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Desta feita, o combate à discriminação decorre da utilização de políticas neutras e positivas, que agem de forma promocional, enquanto aquelas agem de forma proibitiva, coercitiva e inibitória. Merece ser destacado novamente que o Poder Judiciário, dentro de sua função jurisdicional de inclusão social, possui legitimidade para transformar políticas neutras, de caráter proibitiva, em verdadeiras ações afirmativas, inclusive, com poder de determinar que as instituições ou entidades cessem atos discriminatórios e implementem políticas promocionais.

Os objetivos das ações afirmativas não ficam restritos à proibição de determinadas condutas, mas requerem a promoção de políticas capazes de efetivamente promoverem uma mudança social, de ordem pedagógica, cultural e psicológica, afirma o referido autor (GOMES, 2001, p. 44).

A efetividade das ações estatais positivas – ações afirmativas – necessita de uma atuação efetiva do Estado representado pelos três poderes, bem como da iniciativa privada, com o intuito preciso de se promover a igualdade material, resgatando a dignidade da pessoa

humana. Os Poderes Legislativo e Executivo agem de forma preventiva, exigindo uma atuação ativa tanto do Estado como da iniciativa privada; o Poder Judiciário possui uma função reparatória, além de sua função de implementador de políticas públicas quando exige o cumprimento e a inserção das minorias em postos de trabalhos, nas faculdades públicas, por exemplo (GOMES, 2001, p. 52-59).

Além de implementarem a igualdade material, as ações afirmativas possuem a função de transformar a concepção ideológica discriminatória, disseminada e enraizada no mundo todo e por vários anos. Essas discriminações, no decorrer do tempo, desencadearam a formação das minorias jurídicas e, por consequência, a exclusão desses grupos.

As ações afirmativas se mostram como instrumento eficazes por resgatarem as pessoas marginalizadas. As políticas públicas e privadas, essencialmente, são de responsabilidade de todos, especialmente do Estado, por meio da efetivação do bem comum. Tratam-se de ações afirmativas autorizadas pelo Estado, que se contrapõem diretamente às discriminações negativas, praticadas pela conduta omissa ou comissiva do ser humano, que tem como objetivo o desfavorecimento pessoal daquele indivíduo considerado inferior.

O artigo 3º da Constituição Federal (1988) resume as políticas públicas a serem implementadas:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Trata-se de norma programática, com eficácia imediata, que visa a implementação de planos e programas sociais envolvendo a participação de toda a sociedade e do Estado, este representado pelos três poderes: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. É cediço que por serem normas programáticas não são terminantes, mas sim, de trato sucessivo e continuado, dependendo de outros fatores, externos e internos, para serem implementadas, visando o aprimoramento e implementação dos objetivos a que se destinam. Podem variar no tempo, dependendo da época e da necessidade.

Bonavides (2002, p. 57-88) traz a lume que os fins da jurisdição estão previstos neste dispositivo constitucional e são destinados à promoção da justiça social.

A implementação de ações afirmativas, no entanto, necessita critérios e alta capacidade de comprometimento com a realidade factual, não sendo possível traçar métodos inflexíveis e duradouros, em razão da constante gestação de direitos. Por conseguinte, uma vez percebida a exclusão social, a ação afirmativa serve para resgatar essas minorias e, uma vez cumprido este papel, ela não tem mais razão de existir, sob pena de se tornar uma discriminação negativa. Por tal razão, o caráter provisório da ação afirmativa.

Um dos argumentos contrário às ações afirmativas, lançado pela doutrina estadunidense, repousa exatamente no caráter definitivo com que estão sendo adotadas essas medidas. Entretanto, para seus defensores, é defendida a tese de que as políticas afirmativas ainda não surtiram os efeitos esperados, por isso, sua manutenção.

Gomes (2001, p. 225-226) demonstra a divergência sobre as ações afirmativas no direito estadunidense, conforme segue:

O argumento central que propõem o fim das ações afirmativas é o de que, concebidas em princípio para ter vigência limitada no tempo, elas já teriam surtido os efeitos esperados, eis que os negros, mulheres e outras minorias gozam atualmente na sociedade americana de situação incomparavelmente melhor do que há trinta anos. Portanto, não haveria mais necessidade desse tipo de política pública. A este argumento se opõem os defensores das ações afirmativas, dizendo entre outras coisas, que resta muito ainda a ser feito, e, como ressaltou o próprio Presidente Clinton de maneira peremptória, ao invés de acabar com as ações afirmativas, seria melhor alterá-las, adaptando-as ao novo contexto histórico do país («don't end it, mend it»).

A implementação de ação ou programa de inclusão social limita-se ao tempo necessário suficiente para equilibrar as desigualdades perseguidas. O tempo da implementação da medida não permite que a transformação de uma ação afirmativa e lícita em uma discriminação negativa e proibida. No entanto, ao invés de extirpá-las, melhor seria adequá-las às novas situações factuais, com as modificações necessárias e pertinentes à época, tudo a depender dos efeitos provocados pela ação positiva. Sempre existirá desigualdade material, sendo este motivo essencial para a existência de políticas públicas. Poderia se falar em eliminação, por exemplo, uma das várias espécies de ação afirmativa, ou transformá-la, reduzir sua abrangência, contudo jamais extinguir com o gênero ações afirmativas.

2.2 Ações afirmativas e a intervenção do poder judiciário

Trazido o conceito e o objetivo das ações afirmativas concebidas originariamente pelo Direito dos Estados Unidos da América, consistentes em políticas públicas e privadas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional, de compleição física, entre outras formas de preconceito, faz-se necessária uma breve análise a respeito das políticas públicas como instrumento de inclusão social, gênero do qual a ação afirmativa se traduz em uma de suas espécies e a intervenção do Poder Judiciário na sua implementação.

Não se traduz numa tarefa fácil definir o que são políticas públicas, especialmente em poucas palavras. Freisheisen (s.d., p. 76), com apoio no escólio de Canotilho (2003), escreve que partindo do uso corrente da palavra política, surge a ideia de complexo de objetivos, previamente definidos, relacionados com os meios racionalmente possíveis e adequados para atingi-los.

E prossegue sua fala:

[...] refere-se Canotilho a três teorias do político: a que leva em conta a 'justiça, a 'boa-ordem', a 'vida virtuosa'; a que parte do fenômeno do poder; bem como a explicação marxista de político.

O primeiro é o conceito normativo-ontológico de política. Vislumbra na política o campo de decisões obrigatórias, [...] tem como escopo o estabelecimento e conservação da ordem, paz, segurança e justiça da comunidade.

A segunda [...] é a que estabelece no poder a palavra-chave para a compreensão do político. E, sob o enfoque de Weber, este seria a relação de domínio de homens sobre homens, por meio da violência legítima; [...] A terceira teoria aborda também o poder, mas sob uma ótica materialística da história e da sociedade. Nesses termos, político é o campo das relações entre as diversas práticas política e o Estado, mantendo este a unidade e a coesão dos vários níveis de uma formação social.

A política pública abordada neste trabalho ultrapassa aquela definição de uma mera prestação de serviço público, pois seu conceito vai além desta definição. É exatamente o cumprimento dos direitos fundamentais, que tem como ponto central a realização dos objetivos da República, com foco justamente para políticas públicas instrumentalizadas pelas ações afirmativas no atendimento de minorias e dos grupos vulneráveis.

Diante dessa perspectiva de políticas públicas, Freire Júnior (2005, p. 47), também reconhece que a tarefa de precisar a definição de políticas públicas não é fácil, e enfatiza que:

[...] a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito. Como destaca Eros

Grau: A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade [...]. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as forma de intervenção do poder público na vida social.

Ante esta colocação, paira o questionamento a respeito de quais seriam as prioridades do administrador público ao eleger o cumprimento das políticas públicas. Até que ponto o administrador pode se valer do seu poder de discricionariedade para definir quais seriam as prioridades?

Freire Júnior (2005, p. 51) aponta que:

A variedade de formas pelas quais as políticas públicas estão sujeitas, em sua condição de meio para a efetivação do direito fundamental, torna impossível a sua catalogação, já que encontraremos políticas públicas, por exemplo, em relação à saúde, educação, moradia, lazer e quejandos.

Assim sendo, a efetivação das políticas públicas é conduzida inicialmente pelo próprio administrador. No entanto, como esta condução pode não ocorrer, ressalta-se que o administrador pode ou não cumprir os programas de levar a cabo e instrumentalizar a implantação das políticas públicas justamente para que os direitos fundamentais se efetivem ou ainda, pode, então, cumpri-los de forma incompleta. Surge, então, o questionamento do que fazer diante de tais possibilidades.

Se é possível falar em poder discricionário do administrador para resolver e determinar prioridades, o que dizer a respeito de eventual discricionariedade que teria, ademais, o próprio Poder Judiciário, para exigir que o cumprimento das políticas públicas fossem cumpridos dessa ou daquela forma?

É possível sustentar a legitimidade de o Poder Judiciário exercer controle judicial das políticas públicas?

Freire Júnior (2005, p. 51) leciona a respeito e inicialmente à opinião conservadora, que é repetida como verdadeiro dogma:

O primeiro óbice é o da falta de legitimidade, visto que juízes não são eleitos e, mesmo nos países em que são eleitos, não o são para a função de elaborar o direito.

Haveria na atuação dos juízes em matéria política uma ilegítima inversão de poder reservado a outra função estatal. [...] sua ação careceria de conteúdo constitucional, configurando-se, invariavelmente, num arbítrio.

Nesse sentido, ou seja, haveria essa ilegitimidade pelo Poder Judiciário e, portanto, a impossibilidade deste intervir em políticas públicas. Cita-se como exemplo o posicionamento

adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, no Recurso Especial n.º 169.876/SP, decidiu, consoante destacou Freire Júnior (2005, p. 51):

Ação civil pública. Poder discricionário. Administração. Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público pleiteia que a municipalidade destine um imóvel para instalação de abrigo e elaboração de programas de proteção à criança e aos adolescentes carentes, que restou negada nas instâncias ordinárias. A Turma negou provimento ao recurso do MP, com fulcro no princípio das discricionariedades, pois a municipalidade tem liberdade de escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e o que deve ter prioridade, não cabendo, assim, ao Poder Judiciário intervir.

Inúmeros são os argumentos no sentido de que o Poder Judiciário não pode tomar partido positivo ou ativo em políticas públicas, mencionados pelo autor analisado:

- a) isso equivaleria a atribuir ao Poder Judiciário um superpoder, o que implicaria em quebra da igualdade e violação do princípio da separação dos poderes;
- b) os juízes, por não terem sido eleitos, não são representantes do povo;
- c) isso geraria a judicialização da política, com graves prejuízos, principalmente no que tange à imparcialidade dos juízes;
- d) haveria a ditadura dos juízes, o que levaria à pergunta: *Quis custodiet custodes?* Ou, em outras palavras: se o Poder Judiciário foi concebido para controlar a ação dos demais poderes em políticas públicas, como ficaria o controle das políticas públicas do Poder Judiciário? (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 42).

Após destacar argumentos contra a possibilidade do Poder Judiciário controlar e intervir nas políticas públicas, Freire Júnior (2005, p. 42) apresenta argumentos que militam a favor desta possibilidade e, após alertar para o fato de que a demonstração de que haveria legitimidade do judiciário controlar as políticas públicas, transcorre pela análise da relação do juiz com a lei e o modo de se interpretar o direito. Assim, leciona o autor:

Numa concepção positivista, haverá uma plena identificação do direito com a lei. [...] Note-se que, nessa concepção positivista, a legitimação da decisão judicial é a lei. [...] ao ir além da lei, o juiz entraria em seara que não lhe pertence, violando a separação de poderes e decidindo, portanto, sem legitimidade (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 42).

Freire Júnior (2005, p. 42) *apud* Brito (2009, p. 106), ao referir-se ao Informativo 345 do STF, sustenta, acertadamente, que essa não pode ser a concepção dos dias atuais, e relaciona como argumentos favoráveis a intervenção do poder judiciário nas políticas públicas, a saber:

- a) em algumas situações, o sistema legal, como nas regras que estabelecem a dosimetria da pena, é a visão do próprio julgador que irá prever e fixar com precisão a pena exata a ser aplicada ao réu, situação que atinge direito fundamental de liberdade do indivíduo que está sendo processado penalmente, o que enseja a afirmar que nesse caso não houve verdadeira vinculação do juiz com a lei;
- b) se no mesmo caso de natureza criminal também é dado ao juiz atenuar a pena, por força da redação do art. 66 do CP, em razão de circunstâncias relevantes, anteriores ou posteriores ao crime, embora não prevista em lei, é de ter que o legislador confere ao juiz o poder de criar a atenuante inominada, não havendo que se questionar a legitimidade do juiz para reconhecer a atenuante;
- c) o juiz, então, tem poderes para completar o ordenamento jurídico ou interpretar de modo a viabilizar a justiça, mesmo que, para isso, precise ir além do legislador;
- d) de igual maneira é de se ter conta que a Constituição confere ao Supremo a sua guarda, isto sem contar que, no Brasil, qualquer juiz deve, pelo controle difuso de constitucionalidade, fazer prevalecer a Constituição, que é dotada de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, pelo que impossível se mostra o apego ao dogma do positivismo e da completude da legislação.

Após essas análises sobre a possibilidade ou não da intervenção do judiciário na implementação das políticas públicas, mostra-se perfeita a lição trazida por Zagrebelsky (1995, p. 131-153) que, ao lecionar sobre o efetivo papel do Juiz, pontificou:

Em resumo: o legislador deve resignar-se a ver suas leis tratadas como "partes" do direito, e não como "todo o direito". Mas pode pretender, tanto por parte dos juízes como da Tribunal Constitucional, que se mantenham abertas as possibilidades de exercitar seu direito a contribuir politicamente à formação do ordenamento político[...]

Podemos, portanto, corrigir a afirmação com que começamos esta epígrafe. Hoje, certamente, os juízes têm grande responsabilidade na vida do direito desconhecida nos ordenamentos do Estado de direito legislativo. Mas os juízes não são os senhores do direito no mesmo sentido em que era o legislador no século passado. São mais exatamente os avalistas da complexidade estrutural do direito no Estado constitucional, é dizer, aos avalistas da necessária e flexível coexistência entre lei, direitos e justiça. Além disso, poderíamos afirmar em conclusão que entre Estado constitucional e qualquer senhor do direito há uma radical incompatibilidade. O direito não é um objeto propriedade de um, mas que deve ser objeto do cuidado de todos¹⁰.

¹⁰ No original: Em síntesis: el legislador debe resignar-se a ver sus leys tratadas como "partes" del derecho, y no como "todo ele derecho". Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir politicamente a la formación del ordenamiento jurídico. [...] Podemos, por tanto, corregir la afirmación com que comenzamos este epígrafe. Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad em la vida del derecho desconocida em los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho em el mismo sentido em que lo era el legislador em el pasado siglo. Son más exactamente los garante de la complejidad estructural del derecho em el Estado constitucional, es decir, los garante de la necesaria y dúctil coexistencia

Outrossim, oportuno a citação do Supremo Tribunal Federal (STF) em abono da tese de que o Poder Judiciário pode e deve intervir no cumprimento das políticas públicas, onde corrobora que o juiz deve realmente exercer um papel mais ativo, sempre visando a preservação da Constituição Federal, tanto para afastar políticas públicas indevidas, seja para exigir que sejam elas cumpridas quando estiver diante de sua ausência. A seguir, veja-se o teor da ementa da ADPF n.º 45 MC/DF22 (BRASIL, 2004):

Argüição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Com isso, parece possível a intervenção do Poder Judiciário para que as políticas públicas sejam cumpridas, principalmente no tocante ao cumprimento daquelas destinadas ao atendimento das minorias e grupos vulneráveis, pois os juízes são os garantidores da complexidade estrutural do Estado constitucional de direito, ou seja, os garantidores da existência e necessária flexibilização entre a lei, direitos e justiça.

2.3 Ações afirmativas: justiça compensatória x justiça distributiva

Como principal instrumento de implementação da igualdade material, as ações afirmativas possuem alicerces e fundamentos na justiça. Contudo, há a necessidade de esclarecer se esta justiça é compensatória ou uma justiça distributiva.

A justiça compensatória ou reparatória está intimamente ligada a fatos históricos e seu objetivo é corrigir os erros do passado. O erro, ou melhor dizendo, as injustiças foram cometidas aos antepassados das pessoas que hoje estão inseridas dentro das minorias. Estas sofrem os reflexos de um tratamento diferenciado recebido durante anos. É possível citar como exemplo a escravidão dos negros ocorrida no Brasil, que somente em 1888 foi abolida,

entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar com conclusión que entre Estado constitucional y cualquier señor del derecho hay una radical incompatibilidad. El derecho no es um objeto propriedade de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.

pela Lei Áurea. Enquanto o homem branco tinha liberdade e educação, o negro passou 400 anos sem direito à liberdade, liberdade de pensamento e acesso à cultura. Somente após a abolição da escravatura que teve início um processo lento de aculturação e de educação da raça negra, tão somente agora considerada raça humana, tornando-se flagrante, na medida em que despreparados para ocupar qualquer cargo, emprego ou trabalho que exigisse conhecimento e preparo.

Baseado nesses fundamentos é que se diz que as ações afirmativas visam corrigir distorções e equívocos do passado, buscando reparar as atrocidades cometidas pelos grupos dominantes, em prejuízo dos desfavorecidos. Os descendentes desses grupos sociais dominantes estão, atualmente, em larga vantagem sobre os descendentes dos grupos excluídos. Visando corrigir estas distorções é preciso que os grupos sociais beneficiados indenizem os grupos sociais prejudicados. Somente o pedido de perdão não é suficiente para se eximir da culpa. Todo e qualquer pedido de perdão deve vir acompanhado com a devida reparação. O perdão puro e simples, sem contrapartida razoável e adequado à reparação dos danos cometidos, não absorve o dever do ser humano de se esquivar de suas obrigações. O perdão é muito comum nos crimes bárbaros de guerra, onde, após longos anos, após as atrocidades cometidas, o país responsável simplesmente reconhece o erro do passado, sem se preocupar com as vítimas que fez. Exemplo desses acontecimentos decorre da própria Igreja Católica Romana, que queimou e mutilou milhares de pessoas durante o episódio nomeado de “Santa Inquisição”, nunca conseguiu atenuar seus crimes. Após décadas e décadas, volta-se para os seus e pede perdão simplesmente. Contudo, permanece inerte pela reparação dos danos que cometeu. Não se pode esquecer dos grandes avanços da questão da dignidade humana que a Igreja Católica também contribuiu.

Em síntese, a justiça compensatória ou reparatória busca no passado seus fundamentos, conforme bem explanado por Gomes (2001, p. 62):

O preconceito e a discriminação oficial ou «social» de que foram vítimas as gerações passadas tendem inexoravelmente a se transmitir às gerações futuras, constituindo-se em um insuportável e injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado, no presente, por essas novas gerações.

Leciona o referido autor que o problema da adoção dessa teoria como fundamento das ações afirmativas, consiste justamente na legitimidade ativa e passiva das partes, uma vez que a ilicitude deve ser requerida somente pela parte prejudicada, que também irá reivindicar de quem efetivamente praticou o dano, e não das gerações futuras. Em contraponto, a solução

pode estar no próprio direito hereditário, que prevê que a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido até a força de seu quinhão hereditário. Entretanto, o problema maior reside na dificuldade de identificar e dimensionar a responsabilidade do grupo social descendente, pois estão em jogo não só os valores materiais, mas também imateriais como a educação e a cultura.

Em contrapartida, a justiça distributiva possui critérios mais objetivos, determinantes da discriminação como raça, sexo e cor. O que importa é a injustiça presente e iminente decorrentes das injustiças sociais decorrentes de concepções ideológicas do passado. Nesta forma de justiça, o pressuposto maior e que todos são iguais ao nascer, não se cogitando os erros e atrocidades de outrora. As riquezas materiais e imateriais não podem ser distribuídas por critérios discriminatórios. Gomes (2001, p. 66-67) traz um conceito de justiça distributiva e a difere da justiça compensatória ou retributiva:

A noção de justiça distributiva é a que repousa no pressuposto de que um indivíduo ou o grupo social tem direito de reivindicar certas vantagens, benefícios ou mesmo o acesso a determinadas posições, às quais teria naturalmente acesso caso as condições sociais sob as quais vive fossem de efetiva justiça. No dizer de Ronald Fiscus, justiça distributiva é uma busca de justiça no presente, ao passo que justiça compensatória seria uma postulação de justiça retroativa, que visa a reparar danos causados no passado.

A justiça distributiva parte da igualdade ao nascer, observadas as distinções naturais inerentes à raça e ao sexo. Respeitadas as condições e peculiaridades de cada um, não se vislumbram motivos para perpetrar uma desigualdade material. Se todos são iguais ao nascer, permite-se a conclusão de que as oportunidades também devam ser idênticas. É cediço que as melhores universidades federais e estaduais, pagas com o dinheiro fruto dos impostos, são frequentadas por pessoas que, via de regra, teriam condições de arcarem com o pagamento de seus estudos. Não se justifica tamanha desproporcionalidade com o estudante de escolas públicas.

O que serviria para dar amparo aos mais desprotegidos está servindo justamente àqueles mais abastados, em razão do preparo educacional particularmente financiado no ensino fundamental. Tamanho despautério, uma vez que as escolas públicas devem ser frequentadas por pessoas que não possuem condições de pagar suas mensalidades. Nesse sentido, caberia às autoridades, pelo menos, exigir mensalidade de quem tem condições de pagar, sob pena de se propagar ainda mais a desigualdade material. Tem-se, portanto, um

ensino público (fundamental e médio) de baixa qualidade, frequentado em sua grande maioria por alunos que não possuem condições igualitárias de acesso às universidades públicas.

Nesse contexto, fácil verificar um grupo de minorias jurídicas, apartados por fatores econômicos. Gomes (2001, p. 67) fundamenta a teoria da justiça distributiva, apoiado na igualdade ao nascer, lecionando que:

Assim, pessoas que vieram ao mundo num dado momento e que portanto ao longo de suas vidas teriam tudo para obter idêntica evolução cultural e social, passam, por meio de artifícios injustificáveis que lhes são impostos pela sociedade, a ter trajetórias distintas, uns usufruindo plenamente de todas as vantagens, benefícios e oportunidades que se lhes apresentam, e outros sendo aberta ou dissimuladamente subtraídos do usufruto de tais benefícios. Portanto racismo e sexismo constituem explicações plausíveis para esse desvio de rota.

Inúmeras são as possibilidades de se efetivar uma discriminação além do racismo e o sexismo. Quer por motivos econômicos, religiosos, de complexão física, idade, cor, origem, profissão, etc. Impossível como enumerá-las de forma taxativa, uma vez que para isto dependeria de fatores diversos, de acordo com a concepção ideológica do grupo social que promove a discriminação. O avanço cultural e ético do ser humano é presumível, independente das distinções naturais particularizadas em cada pessoa. Gomes (2001) é categórico em afirmar que “Contestar essa presunção (de que mulheres e outras minorias raciais progrediriam não fosse o racismo e o sexismo) equivaleria, em outras palavras, sustentar que os grupos marginalizados seriam dotados de uma “inferioridade” congênita”. Deveras, admitir que a discriminação tenha origem congênita é detonar o caos entre os cidadãos pela incorporação do maléfico Adolf Hitler, que durante o holocausto eliminou as raças por ele consideradas inferiores.

Independentemente da teoria adotada, justiça compensatória ou distributiva, a base que fundamenta as ações afirmativas mostram-se fortalecidas com os argumentos que visam proporcionar uma igualdade material sem que isso represente numa discriminação negativa. Quer pelas injustiças do passado ou pelas injustiças atuais, é de total importância coibir toda e qualquer forma de discriminação, elevando todos os povos e raças ao mesmo patamar de civilização, com as mesmas oportunidades e vantagens concedidas, sem que a distinção natural possa interferir nos critérios de evolução e aprimoramento pessoal. A dignidade humana é balizada pela igualdade material de direitos, portanto, reprovável qualquer conduta discriminatória como forma de manutenção de poder.

No mesmo sentido, Cruz (2005, p. 134-135) afirma que as ações afirmativas são:

Uma necessidade temporária de correção de rumos na sociedade, um corte estrutural na forma de pensar, uma maneira de impedir que relações sociais, culturais e econômicas sejam deterioradas em função da discriminação. Negar as ações afirmativas significa negar a existência da própria discriminação ou negar as conquistas que elas trouxeram, especialmente na sociedade norte-americana.

Nesse foco, as ações afirmativas constituem um conjunto de medidas, públicas ou privadas, podendo ser compulsórias ou facultativas. Possuem caráter temporário, deixando de existir ou tendo seus efeitos minimizados na exata medida do cumprimento do seu papel previamente definido.

No plano político, as ações afirmativas são compreendidas pela busca da igualdade efetiva e concreta, ou seja, a igualdade material, concretizando-se em medidas que levam em conta as particularidades dos grupos minoritários ou vulneráveis assim entendidos, em razão das desvantagens advindas dos processos históricos de discriminação, exclusão, segregação e violência, decorrentes de Estados segregacionistas.

As ações afirmativas buscam a superação da igualdade formal que constitui na igualdade de todos perante a lei, tratando igualmente os desiguais e perpetuando a desigualdade. Visam, acima de tudo, a concretização da igualdade de oportunidades, promovendo a isonomia entre os diferentes grupos sociais vulneráveis.

Gomes (2001, p. 47), com a maestria que lhe é peculiar, destaca outros objetivos das ações afirmativas, a saber: a) coibir as discriminações do presente; b) eliminar os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) das discriminações do passado; c) implantar uma diversidade e representatividade dos grupos minoritários diversos campos das atividades públicas e privadas.

Com isso, as ações afirmativas são políticas públicas destinadas a erradicação ou minoração das discriminações atuais; a eliminação dos efeitos decorrentes de práticas discriminatórias no processo histórico, servindo de verdadeiros instrumentos para propiciar a eliminação de preconceitos arraigados dentro de uma sociedade.

2.4 Ações afirmativas nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América, os grupos de minorias e as cotas tiveram evolução a partir das leis que no início procuram extirpar a discriminação de indivíduos, como foi o caso da Lei dos Direitos Civis de 2 de julho de 1964, que tinha os negros como o grupo principal.

Após, os programas de políticas de ações afirmativas foram expandidos com o fito de incluir, além de outros grupos raciais ou étnicos, as mulheres.

Sowel (2004, p. 115), ao lecionar sobre políticas de ações afirmativas, estabelece que essas medidas por parte do governo Norte-Americano enfrentam um problema que não existe em vários outros países, tornando-se imprescindível, antes de discorrer sobre a evolução histórica, entender e analisar os obstáculos jurídicos que essas políticas tiveram que superar para serem aceitas perante a Corte Suprema estadunidense e pelo cenário político.

Vários são os estudos que visualizam que as políticas oficiais de grupos preferenciais remontam os primórdios da história americana. Destaca-se a população nativa de índios americanos que, por longo tempo, foi submetida às leis diferentes e piores do que as da maioria branca, até que em 1930, foi contemplada a primeira política de preferência oficial para uma minoria racial nos Estados Unidos, onde os índios ganharam um status preferencial para emprego do Bureau of Indian Affairs (SOWELL, 2004, p. 116).

O racismo sempre esteve enraizado na cultura estadunidense, causando graves tensões sociais ao longo da história. Um exemplo desses danos foi o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, que endossou o descontentamento dos negros contra o preconceito manifesto pela sociedade, desencadeando o surgimento de vários movimentos em favor dos direitos humanos, de caráter pacifista difundida por líderes, dos quais merece destaque, Martin Luther King Jr. (MENEZES, 2001, p. 87).

O papel do Judiciário americano foi de suma importância para por fim a segregação racial e fazer aflorar na sociedade vários movimentos em favor dos direitos humanos. Porém, essa nova postura da Suprema Corte foi insuficiente para combater o preconceito e a desigualdade social, e então o senador John F. Kennedy, que pertencia aos segmentos minoritários da sociedade estadunidense, em razão de ser católico e descendente de irlandeses, captou a importância dessa temática, e já em discursos em campanhas presidenciais de 1960, defendia as classes menos favorecidas em setores como educação, saúde e previdência social (CRUZ, 2005, p. 57).

O Presidente Kennedy, fervoroso na implantação de medidas que apresentassem resultados notórios ao seu eleitorado, expediu em apenas dois meses após assumir a presidência, a Executive Order n.º 10.925, que tinha como objetivo fiscalizar e reprimir todas as discriminações existentes dentro do mercado de trabalho.

Conforme Menezes (2001, p. 88), a partir dessa ordem executiva em todos os contratos celebrados com o governo federal:

O contratante não discriminará nenhum funcionário ou candidato a emprego devido a raça, credo, cor ou nacionalidade. O contratante adotará ação afirmativa para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego, sem consideração a sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade. Essa ação incluirá, sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento, dispensa ou término; índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento, inclusive aprendizado.

Segundo Sowell (2004, p. 124), esse foi o marco inicial de uma série de decretos de diversos governos, que muito embora não criava preferências e nem cotas para os grupos minoritários, ordenava que os empregadores contratassem e promovessem sem levar em conta filiações a grupos.

As ideias do Presidente Kennedy geraram grande hostilidade na sociedade norte-americana. Todavia, não serviram para diminuir o seu empenho em aprovar vários projetos de leis que tiveram grande repercussão social. Destaca-se, aqui, a *Equal Pay Act* (Lei da Igualdade de Remuneração) de 1963, que proibiu a discriminação quanto ao trabalho das mulheres exigindo que recebessem uma remuneração igual a dos homens (MENEZES, 2001, p. 89).

O trágico assassinato do Presidente Kennedy se deu nesse mesmo ano, e seu vice, Lyndon B. Johnson, assumiu o cargo disposto a dar continuidade aos projetos já encaminhados pelo seu antecessor. Registra-se, aqui, o *Civil Right Act* (Ato dos Direitos Civis), de 2 de julho de 1964, que proibiu todos os tipos de discriminação em lugares ou alojamentos públicos (Título II); a observância de medidas não discriminatórias na distribuição de recursos em programas monitorados pelo governo federal (Título VI); a discriminação no mercado de trabalho por motivo de raça, cor, sexo ou origem nacional, a ser observada pelos grandes empregadores, incluindo as universidades públicas e privadas (Título VII) (MENEZES, 2001, p. 90).

Tais medidas ainda não se mostraram suficientes, o que levou esse mesmo presidente a adotar um postura mais enérgica em face da discriminação. No dia 4 de julho de 1965, quando discursava perante graduados da Howard University, definiu o conceito de ações afirmativas e afirmou que os direitos civis não são suficientes para sanar a discriminação, sinalizando, naquele momento, os próximos passos que seriam dados:

Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz, 'Você está livre para competir com todos os outros', e ainda acredita, legitimamente, que você foi

totalmente justo. Assim, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade, todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar esses portões (ROCHA, 1996, p. 87).

Em 1965, como efeito deste pronunciamento, Lyndon editou a Executive Order n.º 11.246, que exigia, além da erradicação de práticas discriminatórias, a implantação das ações afirmativas e com elas fossem estabelecidas medidas efetivas em favor das minorias étnicas e raciais, por meio do recrutamento, contratação, níveis salariais e benefícios indiretos, visando a correção das iniquidades decorrentes das discriminações presentes e passadas.

Esse decreto presidencial foi o marco definitivo para as ações afirmativas nos Estados Unidos da América, pois a partir de seu surgimento é que efetivamente as minorias passaram a gozar de um instrumento legal apto a assegurar a igualdade de oportunidades.

Coube, então, a partir daquele momento, àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido e foi, posteriormente, adotado, especialmente pela Suprema Corte norte-americana, como a *affirmative action*, que comprometeu organizações públicas e privadas numa nova prática do princípio da igualdade no Direito. A expressão *ação afirmativa*, utilizada pela primeira vez numa ordem executiva federal norte-americana do mesmo ano de 1965, passou a significar, desde então, a exigência de *favorecimento* de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualada, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais (ROCHA, 1996, p. 87).

Decorreu deste decreto o Office Of Federal Contract Compliance, no Ministério do Trabalho, que em 1968, expediu diretrizes contendo expressões marcantes como “objetivos e cronogramas” e “representação” para a imediata conquista de igual e total oportunidade de emprego, contudo, ainda não se referiam às cotas (SOWELL, 2004, p. 124). Embora não tenha atingido os objetivos esperados, essa ordem executiva teve grande relevância histórica, justamente por ter sido, desde então, utilizada como base em programas direcionados ao combate às desigualdades sociais, e pelo fato de tais programas passarem a ser avaliados sob a ótica de políticas governamentais, sedimentando o conceito que viria a ser conhecido por ação afirmativa (MENEZES, 2001, p. 92).

Essa nova posição estatal ganhou força não apenas nos Estados Unidos, mas, também, em outros diversos países. Além da previsão no direito interno de cada país, convenções e tratados internacionais foram celebrados neste período, como é o caso da

“Convenção Internacional Sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação Racial”, que possuía orientações para a adoção pelos Estados signatários de medidas afirmativas.

A presidência dos Estados Unidos, em 1969, foi assumida por Richard Nixon que preencheu o cargo de Secretário do Trabalho com um negro, Arthur Fletcher, ficando este encarregado de elaborar um projeto que viesse a tornar efetivas as disposições da Civil Right Act (Ato do Direitos Civis) de 1964. Fruto desse trabalho foi o Philadelphia Plan (Plano da Filadélfia), que impôs às partes que mantinham contratos com o governo federal a adoção de programas de ação afirmativa, a fim de corrigir as discriminações existentes em relação à mulher e às minorias raciais.

Durante o governo Nixon, em meados de 1970, novas diretrizes foram criadas no tocante a “procedimentos orientados para resultados”, indicando mais concretamente o que iria ocorrer. Em 1971, ficou claro que “objetivos e cronogramas” significavam “aumentar materialmente o emprego de minorias e de mulheres”. Toda vez que a paridade estatística fosse alcançada em todas as categorias de empregos, requisitava-se dos empregadores que confessassem a “deficiência na utilização de minorias e de mulheres”, cabendo aos mesmos o ônus da prova. Foi na década de 1970 que restou estabelecida essa nova noção de ação afirmativa, transformada num conceito numérico, por vezes chamado de “objetivo” ou de “cotas” (SOWELL, 2004, p. 125).

Em 1979, quase após uma década da edição da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, foi editada a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

O mapa da evolução político-legislativa das ações afirmativas implementadas nos Estados Unidos pode ser representado da seguinte forma:

- a) a Emenda n.º 14 prescreve que os afro-americanos são cidadãos pelos Estados Unidos e veda que os estados lhes neguem proteção igualitária e um processo judicial justo;
- b) a Emenda n.º 15 estabelece que não será negado ou manipulado o direito ao voto, como base na etnia;
- c) a Ordem Executiva n.º 10.925 criou a Comissão para Igualdade de Oportunidade no emprego;
- d) a Lei de Direitos Civis (Civil Right Act, de 2 de julho de 1964,), merecendo destaque seus artigos VI, que veda “a discriminação com base na raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade em programas assistidos financeiramente pelo governo federal” e VII, que proíbi a “discriminação com base na raça, cor, religião, sexo ou origem nacional, pelos empregadores”;
- e) a Ordem Executiva n.º 11.246 que fortaleceu e ampliou a Ordem Executiva n.º 10.925, impondo ações afirmativas na contratação e promoção para todos aqueles que recebem verbas de contratos firmados com a Federação;
- f) a criação por meio de uma Ordem Executiva do OMBE – Escritório de Empresas de Negócios de Minorias objetivando incentivar financeiramente empresas geridas por minorias;
- g) discriminação não intencional no

emprego, denominada de discriminação indireta, proibia a adoção para a contratação de requisitos e testes que não fossem necessários à execução das tarefas para as quais os candidatos se habilitassem; h) foi assegurado pelo governo através de programas objetivos e mensuráveis, especialmente, nos altos escalões de sua própria burocracia, a presença de minorias e de mulheres; i) o congresso estadunidense incluiu um dispositivo legal sobre obras públicas, prescrevendo que cada governo local ou estadual utilizasse 10% dos fundos federais destinados a obras para agenciar serviços de empresas controladas por minorias; j) o governo passou a exigir que as instituições de ensino que tivessem praticados atos discriminatórios adotassem programas especiais para a admissão de minorias e mulheres como condição para que se habilitasse a ajuda federal; k) incentivo às ações voluntárias de emprego e educação, sendo essas ações denominadas cotas, visando assegurar percentuais mínimos na contratação e promoção de trabalhadores nas empresas privadas e instituições públicas e admissão de estudantes oriundos dos grupos minoritários nas universidades, consubstanciadas nas discriminações decorrentes do passado (SOWELL, 2004, p. 125).

As experiências das ações afirmativas se expandiram para diversos países que a adotaram como instrumentos aptos de garantir uma democracia de inclusão social. O modelo estadunidense ultrapassou fronteiras e em determinados países passou a constar expressamente em seus textos constitucionais. Podem ser citados como exemplo o Canadá, no artigo 15, do Constitution Act de 1982, que prescreve a igualdade perante a lei como regra geral com a proibição da discriminação, bem como o seu parágrafo 2º, que estatui a affirmative action clause (cláusula de ação afirmativa), onde restam descritas as exceções a esta regra¹¹.

Após o regime de apartheid, foi promulgada a Constituição Sul-Africana onde consta em seu texto a possibilidade de adoções das ações afirmativas como instrumento de equalizar as diferenças existentes¹².

No direito brasileiro, embora as ações afirmativas sejam expressamente previstas no texto da Constituição Federal, a realidade é demasiadamente outra.¹³ Os debates acerca do

¹¹ 15. 1. Todos os indivíduos são iguais perante e sob a lei, e têm direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, idade, ou deficiência física ou mental.

15. 2. A subseção 1 não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagens devido a raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental.

¹² 9. 2. A igualdade perante a lei inclui a plena igual fruição de todos os direitos e liberdades. Para promover a obtenção dessa igualdade, medidas legislativas e outras que visem proteger ou favorecer pessoas, ou categorias de pessoas prejudicadas por discriminação injusta poderão ser tomadas.

¹³ Celso de Albuquerque Mello, estudioso em direito internacional traz a seguinte crítica quanto a postura do judiciário brasileiro sobre o tema: A conclusão que podemos apresentar é que o Poder Judiciário, principalmente os tribunais superiores em Brasília, adota uma posição ultrapassada no Direito Constitucional e no DIP. Esta última disciplina não é conhecida pelos tribunais brasileiros e os seus integrantes a ignoram. O espírito da Constituição de 1988 era de ser, como foi dito pelo Presidente da Assembléia Constituinte, Deputado Ulisses

tema acham-se atrasados a muitas décadas, existindo ainda resistências quanto a admissão destas políticas de ações afirmativas. O Poder Judiciário, cujo papel central é ser o fiel da balança em prol da plenitude da igualdade, ou seja, da igualdade material, vem se pronunciando de forma tímida, não assumindo o seu verdadeiro papel de guardião da Constituição de 1988.

2.5 Ações afirmativas e os documentos internacionais ratificados pelo Brasil

O Brasil é signatário de todas as declarações, tratados e acordos internacionais firmados globalmente para a proteção dos direitos humanos e do desenvolvimento, incluindo os instrumentos que versam sobre o combate às desigualdades, desde os mais gerais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, até os mais específicos como é o caso da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação de 1966 (MINISTÉRIO..., 2010), a saber:

1. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948);
2. Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Cívicos à Mulher (1948);
3. Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953);
4. Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação (1958);
5. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965);
6. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966);
7. Convenção nº 100 sobre igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor (1951);
8. Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Ensino (1967);
9. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969);
10. Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979);
11. Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984);
12. Convenção sobre os Direitos da Criança (1989);
13. Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais – 27/06/1989;
14. Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais, étnicas Religiosas e Linguísticas (1992);
15. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – 09/06/1994;
16. Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência – 07/06/1999;

Guimarães, uma “Constituição cidadã” e os nossos tribunais superiores a transformam em uma constituição reacionária dentro do espírito dos seus ministros. Utilizo a palavra reacionária no seu sentido técnico, que significa voltar atrás.

17. Declaração e Plano de Ação de Durban (2001);
18. Documento Final da Conferência de Revisão de Durban (Genebra, 2009).

Na maioria dos instrumentos internacionais supracitados, firmados e ratificados pelo Brasil, exibem as ações afirmativas como estratégias reconhecidas e indicadas pela ONU como instrumentos de promoção da igualdade e o combate a discriminação, e esquematizam os alicerces conceituais para que as ações afirmativas de Estado promovam a igualdade.

A desequiparação positiva para atingir os objetivos de igualdade social e desenvolvimento econômico e a adoção de ações afirmativas de combate às desigualdades, são práticas reafirmadas e exigidas dos Estados signatários com base nos seguintes argumentos:

1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, diz, em seu artigo 2º, inciso I, que: [...] todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.
2. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965, declara em seu preâmbulo que os países ali reunidos estão: [...] resolvidos a adotar todas as medidas necessárias para eliminar rapidamente todas as formas e todas as manifestações de discriminação racial, e a prevenir e combater as doutrinas e práticas racistas com o objetivo de favorecer o bom entendimento entre as raças e conceber uma comunidade internacional livre de todas as formas de segregação e discriminação racial. Além disso, declara em seu artigo 1º, inciso IV, que: medidas especiais tomadas com o objetivo precípua de assegurar, de forma conveniente, o progresso de certos grupos sociais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições, não serão consideradas medidas de discriminação racial, desde que não conduzam à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido atingidos os seus objetivos.
3. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, CEDAW, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979, declara no artigo 4º, inciso I, que: [...] a adoção pelos Estados Partes *de medidas temporárias especiais visando acelerar a instauração de uma igualdade de fato* entre os homens e as mulheres não é considerada como um ato de discriminação, tal como definido na presente Convenção, mas não deve de nenhuma forma ter como consequência a manutenção de normas desiguais ou distintas; estas medidas devem ser postas à parte quando os objetivos em matéria de igualdade de oportunidades e de tratamento tiverem sido atingidos.

4. No seu parágrafo 76, a Declaração da Conferência Mundial Contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância, que teve lugar em Durban, África do Sul, entre 31 de agosto e 8 de setembro de 2001, afirma que: [...] reconhecemos que condições políticas, econômicas, culturais e sociais desiguais podem criar e reproduzir o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância, o que, por sua vez, reforça a desigualdade. Acreditamos que a real equidade de oportunidades para todos e todas, em todas as esferas, incluindo o desenvolvimento, é fundamental para a erradicação do racismo, da discriminação racial, da xenofobia e da intolerância. Além disso, afirma, no tópico 108, que [...] reconhecemos a necessidade **de medidas especiais, ou ações afirmativas, para as vítimas de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância, tendo como objetivo promover a integração total destas pessoas na sociedade. Essas ações efetivas, incluindo medidas de cunho social, devem ter como objetivo a correção das condições que prejudicam o gozo pleno de direitos e a introdução de ações especiais visando encorajar a participação equitativa de todos os grupos raciais, culturais, linguísticos e religiosos em todos os setores da sociedade, colocando-os em equilíbrio.** Tais medidas devem incluir ações que visem a representação apropriada em instituições educacionais, acesso a habitação, partidos políticos, parlamentos e no mercado de trabalho, especialmente no Judiciário, exército e entidades civis, o que em alguns casos deve envolver reformas eleitorais, reformas agrárias e campanhas para uma participação equitativa (MINISTÉRIO..., 2010). [GRIFO NOSSO]

A reprovação da discriminação se mostra como um passo importante para a superação das desigualdades e consequente integração dos grupos excluídos, contudo não é totalmente suficiente, sendo necessária a implementação de ações afirmativas como instrumentos de integração efetiva dos grupos discriminados na vida econômica, social e política do Brasil, possibilitando a plena cidadania e participação ativa na economia produtiva destes indivíduos.

2.6 Ações afirmativas e o direito brasileiro

O Brasil pelo fato de ser signatário dos documentos internacionais apontados no capítulo antecedente já o torna compromissado com as medidas de ações afirmativas, como instrumentos indispensáveis à superação das desigualdades sociais. No entanto, mais do que isso, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, apontou claramente neste sentido, dando indícios precisos quanto às suas implementações.

2.6.1 Fundamentos constitucionais e legais das ações afirmativas

O artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. A partir destes dispositivos constitucionais, confirma-se que a própria carta constitucional cuidou de tornar irrelevantes quaisquer preconceitos discriminatórios pelos motivos que enumerou, inadmitindo distinções na promoção do bem comum.

As razões da existência do Estado no modelo republicano democrático de direito reside na busca da igualdade de oportunidades a todos, devendo, para tanto, equalizar as diferenças sociais. As políticas de ações afirmativas consistem justamente nesta efetivação da igualdade factual.

Nesse sentido, Rocha (1996, p. 88) leciona:

Assim, a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta *desigualação positiva* promove-se a *igualação jurídica* efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A *ação afirmativa* é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias.

As ações afirmativas estão consubstanciadas pontualmente nestes motivos, o que culminaria com a inconstitucionalidade da prática positiva de discriminação, uma vez que os fatores que são irrelevantes para se coibir a discriminação, com relação ao sexo, cor, idade, compleição física, assumiram relevância nos critérios que definem o objetivo da ação afirmativa a ser implementada. Tais medidas necessitam que se realize uma distinção onde exatamente a Constituição vedou.

A manifesta inconstitucionalidade não tem razões para prosperar, uma vez que o escopo constitucional é evitar a segregação racial e a marginalização das minorias, não existindo incompatibilidade quando uma ação visa a promover a igualdade e corrigir as injustiças. A jurisprudência estadunidense direciona favorável pelo uso de critérios raciais na implementação de políticas públicas, desde que sejam utilizados em benefícios dos grupos minoritários, visando promover a diversidade e o fim da segregação, como a utilização de cotas educacionais, citada como exemplo (GOMES, 2001, p. 77).

Não bastasse, a própria carta constitucional, em diversas ocasiões, salienta que é dever do Estado promover a igualdade à custa de desigualdades. Silva (2006) destacou, inclusive, a possibilidade de alegação de inconstitucionalidade por omissão nos casos em que o Estado permaneça inerte diante de hipóteses de discriminação.

Ademais, o próprio preâmbulo constitucional é taxativo ao reafirmar o escopo da Assembleia Nacional Constituinte em:

[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...].

Porém, nada mais contundente do que as ordens emanadas no artigo 3º da Constituição Federal, ao determinar os objetivos da República Federativa do Brasil, em verbos que indicam ação, como construir, garantir, erradicar e promover. A fundamentação constitucional das ações afirmativas deflui do próprio preâmbulo da Constituição Federal do Brasil em que estabelece:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade, fraterna, pluralista e sem preconceitos (BRASIL, 1988).

Veja-se os inúmeros dispositivos constitucionais que fundamentam as ações afirmativas (BRASIL, 1988):

• **artigo 3º, incisos I, III e IV**, preveem que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, serão objetivos fundamentais da Federação;

• **artigo 4º, inciso VIII**, prevê que o repúdio ao terrorismo e ao racismo será princípio informativo das relações internacionais;

• **artigo 5º, inciso XLII**, estabelece que a prática de racismo será crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão;

• **artigo 7º, incisos XX e XXXI**, prescrevem que a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos e a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência serão direitos dos trabalhadores urbanos e rurais;

• **artigo 23, incisos II e X**, preveem que a prestação de saúde e assistência pública, a proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência e o combate das causas de pobreza e dos fatores de marginalização, com a integração social dos setores desfavorecidos, serão de competência administrativa comum entre os entes federativos;

• **artigo 24, inciso XIV**, prevê que a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência serão de competência legislativa concorrente entre as entidades federativas;

• **artigo 37, inciso VIII**, estabelece que o percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e os critérios de admissão serão definidos em legislação ordinária federal;

• **artigo 145, § 1º**, preceitua que sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte;

• **artigo 170, inciso VII**, prevê que a redução das desigualdades regionais e sociais será princípio informativo da ordem econômica;

• **artigo 203, incisos IV e V**, preceituam que a habilitação e reabilitação, a promoção de integração à vida comunitária e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal aos idosos e pessoas portadoras de deficiência que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família são objetivos da assistência social;

• **artigo 206, inciso I**, prevê que a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola será princípio informativo da educação;

• **artigo 208, inciso III**, determina que o atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, será garantia das pessoas portadores de deficiência;

• **artigo 227, § 1º, inciso II**, preceitua que a criação de programas de prevenção e atendimento especializado e a integração social, mediante o treinamento para o trabalho e convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, inclusive com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos, serão diretrizes dos programas de assistência integral à saúde das crianças e dos adolescentes portadores de deficiência mental.

Ainda, é possível destacar algumas leis ordinárias que visam as políticas de ações afirmativas, a saber:

- **Decreto-Lei n.º 5.452/43 da CLT**, que prevê em seu artigo 354, cota de dois terços de brasileiros para empregados de empresas individuais ou coletivas e em seu artigo 373-A, a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres;

- **Lei n.º 8.112/90**, que determina, em seu artigo 5º, § 2º, reserva de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público da união;

- **Lei n.º 8.213/91**, que estabelece, em seu artigo 93, a reserva para as pessoas portadoras de deficiência no setor privado;

- **Lei n.º 8.666/93**, que preceitua, em seu artigo 24, inciso XX, a inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de pessoas portadoras de deficiência;

- **Lei n.º 9.029/95**, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais, ou de permanência da relação jurídica de trabalho;

- **Lei n.º 9.504/97**, que em seu artigo 10, § 3º, prevê a “reserva de vagas” para mulheres nas candidaturas partidárias;

- **Lei n.º 10.639/93**, que alterada pela Lei n.º 9.394/96, estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira.

As referências legislativas e constitucionais não esgotam as situações diferenciadoras como hipóteses de instrumentos de equiparação. Outras podem ser verificadas, expressamente ou dentro de um exercício de interpretação e conjunção do texto constitucional, com o fim de se obter uma distinção para se alcançar a igualdade material. O que se torna importante é notar que a carta constitucional em vigor é compatível e possibilita a implementação das ações afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, leciona o Ministro Marco Aurélio de Mello (2001, p. 01):

E, aí, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamento da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens. Do artigo 3º vemos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual.

Não contribui para a diminuição das desigualdades sociais quando o Estado fica inerte. A vedação constitucional de proibir qualquer distinção cai por terra, uma vez que o direito deve ser interpretado de forma harmônica e sistematicamente, considerando, ainda, aqueles novos direitos que estão sendo concebidos, sob pena de estagnação da própria evolução jurídica. As regras proibitivas, caso atendidas, exonerariam o uso das ações afirmativas, entretanto, os destinatários dessas mesmas ações afirmativas, em razão da imensa diversidade cultural, limitam-se, apenas, a não explicitar a discriminação, mas a externam sutilmente, despercebidas do mundo jurídico.

Importante destacar que a implementação das ações afirmativas é no ordenamento jurídico uma verdadeira mão dupla. O benefício trazido pelas ações afirmativas às minorias necessita a exclusão ou redução da participação dos grupos majoritários, cita-se como exemplo as cotas das universidades públicas aos negros e pardos. Desta feita, claramente é vislumbrado um conflito de direitos fundamentais, de difícil ou quase impossível solução. A ocorrência de choque entre direitos fundamentais gera um conflito entre princípios fundamentais o qual necessita solução. No entanto, a doutrina majoritária tem balizado e conduzido a uma solução harmoniosa, onde o mote não é a exclusão de um princípio em face do outro, mas sua compressão, imbricação, por meio da aplicação do que a doutrina contemporânea contempla como o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade procede de interpretação, pois nossa legislação pátria não contempla expressamente sobre sua aplicabilidade. Nery Júnior (2004, p. 134) leciona que o princípio da proporcionalidade é oriundo de teorias estrangeiras. Ao admitir a utilização do princípio da proporcionalidade, verifica-se o reconhecimento de que não há direitos absolutos, os quais poderão ser ponderados, sopesados, tirando-lhe o rigor excessivo ou atribuindo-lhe força normativa que não lhe é peculiar inicialmente. A ponderação poderá ser pré-normativa ou pós-normativa, sendo que a primeira é referente à aplicabilidade do referido princípio antes da edição da lei pelo legislador, enquanto a segunda refere-se à aplicabilidade do princípio após a vigência da lei pelo intérprete.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo legislador, é indispensável para a edição de qualquer lei, a coexistência de três subprincípios: a) aptidão ou adequação; b) necessidade ou exigibilidade; c) proporcionalidade *stricto sensu*. O primeiro subprincípio da aptidão ou adequação exige que o legislador tenha uma visão futura sobre a necessária suficiência da lei para atingir o fim almejado, ou seja, há um juízo para verificar se a norma a ser editada é apta e adequada para atingir o fim pretendido; O segundo subprincípio da

necessidade ou exigibilidade estabelece que o legislador somente poderá editar uma norma se necessária e imprescindível, pois, do contrário, a norma seria vazia e sem utilidade prática; por fim, o último subprincípio da proporcionalidade *stricto sensu* é aquele que sugere que o legislador antes da edição de uma norma verifique se os benefícios que esta trará superarão os malefícios que eventualmente pode acarretar, uma vez que o legislador não tem como prever todas as possibilidades do cotidiano, parte do geral para o particular. Após verificadas e confirmadas as regras pré-normativas, não há que se falar em inconstitucionalidade no implemento das ações afirmativas.

No tocante a aplicação pós-normativa do princípio da proporcionalidade, imprescindível ao intérprete, em seu livre convencimento motivado, após editada a lei ou do implemento de uma dada ação afirmativa, a oportunidade de exercitar com equidade a sua capacidade axiológica de raciocínio, decidindo pelo valor fundamental de maior relevância, ou seja, deverá sopesar, dentre os princípios, aquele de maior relevância, sendo que em prol das ações afirmativas poderá se utilizar do princípio da promoção da igualdade material sobre o do princípio da igualdade formal.

Assim sendo, não há que se falar em inconstitucionalidade das ações afirmativas após a correta observância da sua real finalidade, pelo contrário, a inércia Estatal para a tomada de políticas públicas, dentre estas as ações afirmativas é que acarreta a inconstitucionalidade por omissão, pois lembrando, é dever do Estado a promoção da igualdade material. As ações afirmativas são reservadas justamente para a promoção de um ajuste social, uma vez que se aplicadas com distorção de seu objetivo e linha conceitual, poderá ser declarada inconstitucional. Essa medida tem espaço até a correção da desigualdade perseguida, devendo ser cessada, minimizada ou transformada quando ocorrer a mudança nos fatos que justificaram sua elaboração, justificando sua exclusão, redução ou transformação.

2.7 Argumentos favoráveis às ações afirmativas

Os argumentos favoráveis às implementações de ações afirmativas se traduzem basicamente no interesse governamental e social em se implementar uma justiça igualitária, consubstanciada na fraternidade e na solidariedade. Segundo Rios (2008), os argumentos favoráveis às ações afirmativas tem como origem a justificção apresentada pela jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, que se pauta em cinco fatores: a) o combate aos efeitos presentes da discriminação passada; b) a promoção da diversidade; c) a natureza

compensatória ou reparatória das ações afirmativas; d) a criação de modelos positivos para estudantes e para populações minoritárias e; e) a provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias.

Embora a discriminação atual decorra de um processo social que privou alguns grupos de indivíduos de poderem lutar com igualdade de condições às oportunidades, bem como constitui como um forte argumento para a reparação social daqueles que foram prejudicados, a Suprema Corte Americana adverte que existem alguns entraves para sua aplicação, consistente num estabelecimento de critérios para aferir a quantidade de culpa e definir os parâmetros de reparação.

A advertência salientada pela Corte estadunidense se mostra justificável em razão dos longos anos de discriminação e privação de oportunidades aos grupos menos favorecidos, as quais, recentemente, não mais são toleráveis a sua manutenção. No Brasil, a discussão que reside em torno das teorias da justiça compensatória e da justiça distributiva é de relevância mais acadêmica do que prática, na medida em que o resultado esperado é o mesmo, a promoção dos direitos das minorias. As ações afirmativas servem para a correção das discriminações perpetradas pela indústria do poder, constituídas em preconceitos inadmissíveis desde os tempos modernos, ao menos juridicamente. São medidas que atenuam os reflexos perversos causados pelo desfavorecimento jurídico de certos grupos sociais, introduzidos, na maioria das vezes, de forma sutil e sorrateira.

O argumento da promoção da diversidade utilizado na maioria das decisões pela Suprema Corte americana, em favor das ações afirmativas, acabou perdendo força em detrimento do fato de prestigiar uma minoria social que por si só não justificaria a contribuição de ser um grupo fragilizado diante de um grupo dominante.

Esse argumento parece não ser a melhor saída na defesa para o problema das ações afirmativas, mesmo porque diversidade étnica e cultural de um povo é sinônimo de riqueza de um Estado e não motivo para promoção de diferenciações nessas minorias. O fator que realmente justifica a adoção de políticas afirmativas consiste nas desigualdades sociais, econômicas, culturais oriundas das discriminações sofridas por determinados grupos minoritários ou vulneráveis ao longo da história. As práticas sociais discriminatórias, a escravidão, a submissão feminina e outras formas de promoção da desigualdade social são argumentos que levam a justificar as ações afirmativas.

Sobre os argumentos repousados acerca da natureza compensatória ou reparatória das ações afirmativas e se serviriam estas como instrumentos de minimização dos prejuízos e omissões decorrentes dos erros e discriminações do passado em face de alguns grupos ou seus

antepassados, alguns doutrinadores se posicionam contra estas políticas sob o argumento de que as teses justificadoras para as ações afirmativas são falhas por apresentarem riscos se concedidas em benefício para grupos que não foram vítimas de discriminação.

Os argumentos daqueles que advogam em torno das teorias da justiça compensatória e distributiva são conclusivos para afirmar que a justiça compensatória é necessária simplesmente pelo fato de que toda a desigualdade e preconceito são frutos da história de atrocidades.

No mesmo artigo 1º da Convenção, o § 4º adverte que não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados seus objetivos. Neste sentido, as medidas especiais e temporárias voltadas a acelerar o processo de construção da igualdade não são consideradas discriminação racial. É o caso das chamadas ações afirmativas, que são medidas positivas adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório (SARMENTO, 2007, p. 213).

Inegável que a justiça compensatória se consubstancia na dimensão intergeracional, com fins grupais, como leciona Sarmento (2007, p. 203):

Um país não pode fechar os olhos para o seu passado. Não há como ignorar que a situação desfavorável dos negros hoje na sociedade brasileira tem relação direta não só com a escravidão, mas com a discriminação de que foram e continuam sendo vítimas após a abolição da escravatura. Ademais, a afirmação da injustiça desta compensação se lastreia numa premissa excessivamente individualista, que ignora a possibilidade da existência de relações entre grupos, que podem inclusive assumir uma dimensão intergeracional, e dar margem ao surgimento de direitos coletivos, titularizados também por grupos. Por isso, o argumento de justiça compensatória parece-nos, no mínimo, uma razão coadjuvante para a adoção das medidas de discriminação positiva.

Barbosa (2001) e Dworkin (2012) defendem a tese da justiça distributiva, outra vertente da justiça compensatória que é consubstanciada na percepção de que certos grupos étnicos apresentam menores índices de desenvolvimento se comparados a outros grupos, tais como os negros em relação aos brancos. Todo o reflexo histórico, anteriormente mencionado, justifica-se como causa de tal fato.

O aspecto econômico decorrente desses fatos históricos de desigualdades e atrocidades se mostra evidente, e as ações afirmativas ganham força justamente para afastar essas desigualdade econômicas entre esses grupos.

As políticas de ações afirmativas buscam a melhoria do bem estar social, com a diminuição dos problemas inerentes à sociedade. A justiça distributiva é um instrumento de promoção dos direitos, vantagens e riquezas para aqueles grupos menos favorecidos (GOMES, 2001, p. 66).

Para demonstrar claramente a percepção social dos defensores da tese da justiça distributiva, colaciona-se a seguinte expressão:

Daí que não dá para fantasiar e tentar omitir um fato que é estatisticamente comprovado. A afirmativa de que no Brasil vive-se uma “democracia racial” é falaciosa e só contribui para perpetuar esta situação. Historicamente fomos a última nação a abolir formalmente a escravatura, ao tempo que o primeiro a proclamar-se uma sociedade sem discriminação racial. É verdade que não convivemos com legislações explicitamente racistas, como foram nos Estados Unidos e na África do Sul com o *apartheid*, mas é nítido que as oportunidades foram diferentemente distribuídas, o que levou a um padrão de vida ao negro muito inferior aos não-negros (SILVA, 2010, p. 110).

Outra justificativa baseada na criação de modelos positivos, visando o acesso de pessoas pertencentes a estes grupos minoritários em cargos de destaque para servirem de exemplos aos demais indivíduos do grupo que está inserido, também se mostra um tanto vaga, uma vez que não possui relação com a correção da discriminação passada e o benefício direto somente das vítimas imediatas.

Os argumentos apresentados por Rios (2008, p. 178-181) e utilizados pela Suprema Corte Americana parecem contrários à defesa das ações afirmativas, pois, não seriam justificativas pertinentes de um Estado Democrático de Direito.

Em contraposição, em virtude da necessidade de se conceber benefícios e oportunidade iguais a todos e, “em razão da inviabilidade de se qualificar monetariamente o prejuízo sofrido no presente e no passado pelas vítimas da discriminação, opta-se pela compensação na forma dos programas de “tratamento preferencial” (GOMES, 2001, p. 232).

É pelas ações afirmativas que são desencadeadas as políticas públicas e privadas, instrumentos aptos a aumentar o pluralismo e a diversidade universal, rompendo a barreira pré-conceitual para introduzir-se na esfera das minorias e, conseqüentemente, resgatar a dignidade humana destes indivíduos. Uma vez atingida a igualdade material, os grupos minoritários ganham condições de competir com as majorias jurídicas, bem como de servirem

de referência positiva para os demais membros, com a elevação da autoestima dessas pessoas até então arranhada.

A razão da necessidade dessas políticas encontra respaldo na promoção do princípio da dignidade da pessoa humana e nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, esculpido na Carta Constitucional brasileira, respectivamente, em seus artigos 1º, III e 3º, I, III e IV, que se constituem nas verdadeiras razões e que dão a constitucionalidade da aplicação das ações afirmativas no Brasil.

Nesse sentido, merece destaque a citação de Neves (1996, p. 262-263):

Quanto mais se sedimenta historicamente e se efetiva a discriminação social negativa contra grupos étnico-raciais específicos, principalmente quando elas impliquem em obstáculos relevantes ao exercício de direitos, tanto mais se justifica a discriminação jurídica positiva em favor dos seus membros, pressupondo-se que esta se oriente no sentido da integração igualitária de todos no Estado e na sociedade. As discriminações legais positivas em favor da integração de negros e índios estão em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos nos incisos III e IV do seu artigo 3º.

Outro argumento que também merece destaque é aquele embasado na defesa do pluralismo, que tem como discurso principal a intenção de oferecer maior proximidade entre os indivíduos de etnias diferentes, visando produzir um diálogo entre ele com a intenção de buscar uma sociedade mais pluralista, em vários aspectos. A Ministra do Supremo Tribunal Federal traz palavras brilhantes nesse sentido, a saber:

A fome é indigna. E a cultura não é um luxo. Todo ser humano tem o direito de assegurar-se do quanto socialmente seja a riqueza da humanidade. A cultura humana cumpre uma função para todos os homens, não podendo ser privilégio, menos ainda de alguns poucos. A ignorância é crime produzido socialmente contra os mais carentes, incluídos os economicamente, sendo certo que ela cumpre um papel para manutenção de estado que os privilegiados não querem mudar. A incerteza do viver humano. A segurança é do existir dos homens. Medrosos quanto ao seu destino, os homens buscam cercar-se de coisas. As coisas, por serem inertes, dão-se a saber certas em sua essência, em seus lugares, em seu conhecer. O homem quer a ilusão da segurança, que, se individualmente é impossível, socialmente é não apenas desejável, como factível. O maravilhamento do lançar-se humano a cada dia em novas experiências não se faz senão pela segurança social que a cidade oferece ao homem de pôr-se como uma rede de proteção a facultar-lhe a queda, porque os seus direitos estão assegurados. O homem lança-se sabendo, senão de si, dos outros. Por isso, os direitos econômicos e sociais são fundamentais. São eles que sustentam as condições humanas que permitem o seu lançar-se ao encontro de sua personalidade, de sua vocação, de seus incertos pendores. Não são fáceis as conquistas desses direitos. Não o foram pelas sociedades, não são pelos indivíduos. São apenas

imprescindíveis. Sem os direitos certos pelo momento incerto, não há como enfrentar os dilemas sociais que põem e sobre os quais nem sempre o homem pode dispor ao seu talento e vontade. A sociedade tem deveres com os homens. Forma-se ela para que os direitos de todos se afirmem sobranceiros e efetivos. Não se cuida de uma humanidade dividida, na qual uns teriam todas as conquistas que os outros desejariam vir um dia a ter. Cuida-se de direitos fundamentais, igualmente garantidos para todos os homens e mulheres do planeta. Cada homem integra a humanidade, sendo seu credor e devedor, como membro de sociedade que não se habita e nem se esconde em fronteiras, mas que coabita e se enlaça em suas larguezas humanas. Os direitos sociais são devidos pelas sociedades a todos os homens. Qualquer exclusão é desumana, antes mesmo de ser antijurídica. A negação dos direitos individuais desumaniza; a negação dos direitos sociais exclui da humana experiência de membro da sociedade os que têm os direitos renegados (ROCHA, 2008, p. 121-123).

Em sentido contrário, Sarmiento (2007, p. 204) leciona que isto somente seria possível caso existisse um equilíbrio social para que as diversas etnias, as quais, ao menos em tese, se encontram distintas por um abismo, pudessem ter a possibilidade de manter um diálogo constante e frutífero:

Na sala de aula de uma Universidade, ou no ambiente de trabalho de um escritório de advocacia, por exemplo, as experiências humanas ficam mais ricas e frutíferas com a pluralidade racial. Portanto, as instituições que põem em prática políticas de ação afirmativa lucram com a diversidade racial, tornando-se mais abertas e arejadas.

Parece que o entendimento é que o diálogo entre as etnias oferece um sobressalto, tanto para a sociedade como também para os próprios brancos, por meio do enriquecimento de seu campo intelectual e de experiências humanas.

Um outro argumento das ações afirmativas ancoradas na tese da justiça distributiva repousa no fortalecimento da autoestima da própria etnia em si. O reconhecimento social é a principal vertente para os que advogam nesse sentido.

As políticas de ações afirmativas serviriam para colocar o negro em uma posição de igualdade para com o branco, afastando o sentimento de inferioridade aos demais, proporcionando a possibilidade de que ele pudesse mostrar seu potencial sem ser impedido pelo empecilho psicológico, ou seja, desprovido da sensação íntima de inferioridade. Este argumento é fundamentado na questão do exemplo benéfico da mesma etnia, fazendo que uma outra pessoa deste mesmo grupo tivesse uma outra em quem se espelhar.

Os argumentos apresentados pelos defensores das ações afirmativas podem ser resumidos com a seguinte lição:

Os argumentos favoráveis a estas políticas de ações afirmativas partem da justificação apresentada pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, pontuada em 5 fatores, conforme destaca Roger Raupp Rios: a) o combate aos efeitos presentes da discriminação passada; b) a promoção da diversidade; c) a natureza compensatória ou reparatória das ações afirmativas, d) a criação de modelos positivos para os estudantes e as populações minoritárias; e) a provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias (RIOS, 2008, p. 178 *APUD* SILVA, 2010, p. 91).

Estabelecidos os argumentos favoráveis às implementações de ações afirmativas, seguem alguns exemplos para fortalecimento da tese.

O primeiro caso de aplicação da política de ações afirmativas, segundo Sarmiento (2007, p. 205), ocorreu na Índia. É cediço que neste país existe um sistema de castas¹⁴ rigorosamente solidificado em sua sociedade. Neste cenário social e cultural, foi verificada a primeira aplicação da política de ação afirmativa, iniciada pela promulgação da Constituição indiana em 1950, na qual restou estabelecido o banimento desse regime. No entanto, a extinção do regime de castas não foi aceito da forma esperada, sendo necessária a edição de uma emenda constitucional em 1951, visando a aceitação das medidas de ações afirmativas, as quais eram consideradas transgressoras ao princípio da igualdade. Embora tenha havido certa resistência ao postulado constitucional, aos poucos, a legislação foi se moldando aos preceitos instituídos pela Constituição, chegando a ser proporcionada a oportunidade de castas consideradas inferiores de exercerem cargos no serviço público. A importância dessas medidas de descriminação positiva foi reconhecida pela Suprema Corte Indiana.

É nos Estados Unidos da América que se apresenta o maior exemplo das políticas de ações afirmativas com maior ênfase nas questões raciais (SARMENTO, 2007, p. 206). Após a abolição da escravatura, com a divisão do país em estados do norte e do sul, vigorou nestes estados um sistema denominado de *equal but separate* que consistia numa necessidade de separação entre as pessoas de cores diferentes, em todos os seguimentos sociais. Os negros eram considerados uma raça inferior, restando comprovado, com a expressão desses ideais, que os vestígios da escravidão ainda se encontravam presentes na sociedade estadunidense (SARMENTO, 2007, p. 205). O afastamento desses ideais passou a ser observado somente no

¹⁴ O sistema de castas da Índia é uma divisão social importante na sociedade Hindu, não apenas na Índia, mas no Nepal e outros países e populações de religião Hindu. Embora geralmente identificado com o hinduísmo, o sistema de castas também foi observado entre seguidores de outras religiões no subcontinente indiano, incluindo alguns grupos de muçulmanos e cristãos. A Constituição Indiana rejeita a discriminação com base na casta, em consonância com os princípios democráticos e seculares que fundaram a nação. Barreiras de casta deixaram de existir nas grandes cidades, mas persistem principalmente na zona rural do país (SISTEMA, 2017).

ano de 1950. No entanto, a eliminação dessas práticas discriminatórias não foi instantânea, tanto é que somente em 1967 foi possível o casamento entre raças diferentes.

O marco inicial das ações afirmativas nos Estados Unidos da América é ponto divergente entre a doutrina, posto que alguns autores preferem não apontar com precisão o momento em que se desencadeou este processo de democratização do bem comum. Contudo, é possível resumir alguns aspectos históricos relevantes, ocorridos na década de 60, que possivelmente desencadearam, de alguma forma, tal processo.

Importante o destaque para o discurso pelo então Presidente estadunidense Lyndon B. Johnson, na Universidade de Howard (Washington), em 04 de junho de 1965, referindo-se às ações afirmativas: “Nós não buscamos só liberdade mas oportunidade. Nós não buscamos só lucros legais mas habilidades humanas, não só igualdade como um direito e uma teoria mas igualdade como um fato e igualdade como resultado” (FIORAVANTE; MASSONI, 2005, p. 464).¹⁵ [TRADUÇÃO NOSSA]

Segundo Rocha (1996, p. 88-97), a expressão “ação afirmativa” foi utilizada pela primeira vez pelo Presidente Lyndon Johnson, por meio de uma ordem executiva federal norte-americana. Neste sentido, Gomes (2001, p. 54) destaca a importância do ato:

Assim, foi com base nessa premissa de utilização do poder de barganha de que dispõe a Administração Pública em decorrência da sua capacidade de despender enormes somas de recursos públicos, que nasceu a mais antiga – e talvez a mais eficaz – modalidade de ação afirmativa: a que foi instituída pelo famoso Decreto Executivo (Executive Order) nº 11246/65, do Presidente Lindon Johnson. Por esse sistema, a Administração, que em princípio não teria meios legais de compelir o empregador privado a cumprir as metas de integração de minorias em seus quadros de empregados, chega por vias oblíquas a esse resultado, na medida em que a celebração de qualquer contrato com a Administração fica condicionada ao comprometimento, por parte do contratante, não só de contratar em percentuais razoáveis certas minorias, mas igualmente de oferecer-lhes efetivas condições de progressão na carreira.

Johnson foi o primeiro presidente estadunidense a efetivar as discriminações positivas, visando que os negros e as demais minorias pudessem ter a oportunidade de ingressar nas universidades e obter acesso aos serviços públicos (SARMENTO, 2007, p. 207).

Um dos casos mais emblemáticos ocorrido na Corte Suprema estadunidense, relativo às políticas de ações afirmativas, se deu no litígio *Bokker vs. Regents of the University of Califórnia*, decisão histórica à aquele órgão que sustentava a ação afirmativa para permitir que

¹⁵ No original: We seek not just freedom but opportunity. We seek not just legal equity but human ability, not just equality as a right and a theory but equality as a fact and equality as a result.

a raça seja um dos vários fatores na política de admissão da faculdade. Contudo, o tribunal decidiu que as cotas raciais específicas, no caso em análise, os 16 dos 100 lugares reservados para estudantes minoritários pela Universidade da Califórnia, Davis School to Medicine, eram inadmissíveis (SARMENTO, 2007, p. 207).

Não obstante o teor da decisão proferida, a Suprema Corte estadunidense firmou a real importância da aplicação das ações afirmativas para o desenvolvimento do país, especialmente com a apresentação do argumento da pluralidade, fator a cominação de grande importância para aqueles que defendem a aplicação das ações afirmativas (SARMENTO, 2007, p. 208).

Inúmeras foram as vitórias a favor da aplicação das políticas de ações afirmativas após este julgamento paradigmático, como se pode constatar no caso Jennifer Gratz et alii v. Lee Bollinger et alii onde possibilitou que a Suprema Corte norte-americana fixasse jurisprudência no sentido da possibilidade de utilização do critério racial na admissão em instituições de ensino superior, ao lado de outros fatores de diferenciação de tratamento, desde que sejam levadas em consideração as circunstâncias individuais de cada postulante, sob pena de violação da XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos (*equal protection clause*), sendo notório que o Tribunal têm adotado posição restritiva em relação às ações afirmativas, como denotam o *Crosby case*, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de programa do Município de Richmond, que impunha aos contratantes com o Poder Público a obrigação de repassar, nas subcontratações, 30% (trinta por cento) das verbas destinadas para projetos financiados pelo Governo Federal, em favor das *Minority Business Enterprises*, e o *Hopwood case*, no qual foi declarada a inconstitucionalidade do programa da Universidade do Texas, que instituía o Law School's Affirmative Action Plan.

O voto prolatado nos autos do processo sobre o sistema de pontuação da Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, assinalou que a Constituição não proíbe a utilização de critério racial em programas de admissão em instituições de ensino superior, estritamente desenhados para a satisfação de imperativo interesse governamental, traduzido pela obtenção dos benefícios educacionais proporcionados pela diversidade do corpo discente, tendo em vista que a efetiva participação dos membros de todos os grupos étnicos e raciais na vida cívica é essencial para a consecução do sonho de uma nação americana.

Após os avanços enumerados, sempre existiram correntes contrárias à aplicação das ações afirmativas, porém, a Corte manteve seu posicionamento, estabelecendo a necessidade de não se optar por parâmetros rígidos, observando, assim, a necessidade em cada caso específico (SARMENTO, 2007, p. 210).

As ações afirmativas que estão consubstanciadas em alguns textos constitucionais, tais como o artigo 23, parágrafo 2º, da Constituição da Namíbia¹⁶ e o artigo 15, parágrafo 4º, da Constituição da Índia¹⁷, em tratados internacionais como o artigo 1º, parágrafo 4º, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial¹⁸ e o artigo 4º, inciso I, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher¹⁹ foram desenvolvidos na África do Sul, Canadá e Estados Unidos, sem prejuízo da experiência do Brasil.

2.8 Argumentos contrários às ações afirmativas

Não faltam argumentos contrários às ações afirmativas, existindo inúmeras objeções de ordem filosófica, prática e jurídica.

Na ordem filosófica, as ações afirmativas seriam mecanismos odiosos, que sob o pretexto de combate a discriminação, acabam por introduzir uma nova forma de discriminação, ou contemplar somente o direito de alguns. Seria uma injustiça combatida com outra injustiça. Esta mesma corrente defende o mérito individual como forma de acesso à educação e ao emprego, e não por critérios de raça, sexo, origem, sendo irrelevantes quaisquer considerações sobre os efeitos das discriminações ocorridas no passado. Em última análise, estar-se-ia violando o princípio da igualdade de oportunidade.

Problemas de ordem prática também são apontados. Além da possibilidade de surgimento de falsas vítimas, haveria uma questionável intromissão do Estado nas instituições

¹⁶ Constituição da Namíbia, art. 23, § 2o: "Nada constante no art. 10 da presente – igualdade perante a lei - impedirá o Parlamento de aprovar legislação que possibilite, direta ou indiretamente, o desenvolvimento de pessoas dentro da Namíbia que tenham estado socialmente, economicamente ou educacionalmente, em desvantagem devido a leis ou práticas discriminatórias passadas, ou à implantação de políticas ou programas voltados para a correção de desequilíbrios sociais, econômicos ou educacionais na sociedade da Namíbia, oriundos de leis ou práticas discriminatórias passadas, ou para alcançar uma estruturação equilibrada do serviço público, força policial, força de defesa ou do serviço carcerário (NAMÍBIA, 2017).

¹⁷ Constituição da Índia, art. 15, § 4o: "Nada constante no art. 29, § 2o da presente – igualdade perante a lei - impedirá o Estado de elaborar qualquer disposição especial para o progresso de qualquer classe social e educacionalmente atrasada de cidadãos ou das Castas Programadas e Tribos Programadas" (ÍNDIA, 1950).

¹⁸ Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, art. 1º, § 4º: "Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos" (BRASIL, 2003).

¹⁹ Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, art. 1º, "A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 18 de dezembro de 1979, apensa por cópia ao presente Decreto, com reserva facultada em seu art. 29, parágrafo 2, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém" (BRASIL, 2002).

privadas, que estariam obrigadas a implementar determinadas medidas, com reflexos, inclusive, no exercício das profissões. Porém, um dos maiores problemas pode ser a dificuldade de se identificar as pessoas pertencentes a certos grupos de minorias como atualmente ocorre na denominada cotas para negros, em que pessoas assim se declaram para angariar benefícios.

Na ordem jurídica, as ações afirmativas são atacadas sob o argumento de que as decisões não podem levar em conta critérios de natureza social, histórica ou antropológica. A máxima jurídica que resultou da interpretação do princípio da igualdade (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais) não tem espaço nesta dimensão, na medida em que é proibido, constitucionalmente, qualquer tratamento diferenciado ou preferencial por motivo de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nos três parágrafos antecedentes, destacam-se as seguintes argumentações desfavoráveis as ações afirmativas: a) violação do princípio da igualdade; b) a ação afirmativa destrói o princípio meritório; c) a ação afirmativa destinada para grupos minoritários ou vulneráveis originam outras injustiça; d) violação do princípio da diferença na igualdade (GOMES, 2001, p. 181-186).

Ressalta-se que os que se assim posicionam em seus argumentos contrários às ações afirmativas demonstram aparentemente total desconhecimento dos propósitos constitucionais assegurados pela Constituição Federal do Brasil de 1988.

O primeiro argumento contra a implementação das ações afirmativas no Estado brasileiro se concentra justamente no princípio da igualdade. Os argumentos repousam no fato de que ao se propor políticas de ações afirmativas, estar-se-ia afrontando o princípio no ponto de vista formal, não se justificando tais medidas para expurgar os erros cometidos no passado.

O segundo argumento repousa na defesa das ações afirmativas, contudo, devendo ser de caráter universal e não específica a um certo grupo minoritário, buscando extirpar as desigualdades em sentido amplo para que todas as pessoas possam ser beneficiadas igualmente. O terceiro repousa no fato de se tomar como destinatário das ações afirmativas somente um dos requisitos, como exemplo, tão somente pela cor da pessoa.

De outra parte, ao estabelecer um viés com os que argumentam a favor das ações afirmativas, o pressuposto do argumento favorável é que por ser visível o grande número de negros pobres, a pobreza em si estaria ligada a cor da pele. No entanto, os que comungam contrários às medidas não consideram necessariamente a correlação destes fatores, ou seja, a cor da pele não é causa suficiente para o predomínio da pobreza atual no Brasil. Notáveis se mostram essas palavras:

pertencer a uma minoria racial, por si só, não implicaria necessariamente a contribuição de ser um grupo fragilizado diante de um grupo dominante. Realmente esta não seria a melhor saída na defesa das ações afirmativas, até mesmo porque a diversidade étnica e cultural de um povo é sinônimo de riqueza de uma nação e não motivo para promoção de diferenciações nestes grupos. Destaca-se mais uma vez que, o fator em apreciação para a adoção das políticas afirmativas, são as desigualdade sociais, econômicas, culturais decorrentes das discriminações sofridas por determinados grupos (SILVA, 2010, p. 92).

Outrossim:

opõem-se às cotas para negros no ensino superior, porque outras minorias também estariam afastadas deste processo de inclusão. Para isso a justificação apresentada é de que são necessários critérios diferenciados de acesso à população pobre e não só ao negro, que nem sempre pertence a grupos economicamente sacrificados, porém, ao tempo de proporem políticas neste sentido, preferem afastar as conquistas alcançadas pela minoria negra (SILVA, 2010, p. 101-102).

O quarto argumento estabelece que as políticas de ações afirmativas produziriam um efeito contrário ao esperado, ou seja, ao invés de trazer a aproximação das camadas da sociedade, estar-se-ia causando um distanciamento maior entre os diferentes grupos. Utilizando o mesmo exemplo consubstanciado na cor da pele, os negros e os brancos ficariam cada vez mais distantes uns dos outros.

O quinto e último argumento se funda na meritocracia e autonomia instituições privadas, que defende que não se pode acrescentar benefícios a certos grupos, pois se estaria afrontando o mérito dos demais grupos (RIOS, 2008, p. 181 *APUD* SILVA, 2010, p. 95). Referido argumento está no sentido de incentivar a igualdade por meio da meritocracia, que apregoa que todos são capazes de alcançar altos níveis sociais por meio de seus próprios esforços. Neste sentido, um exemplo clássico para aqueles que defendem essa tese é que o concorrente branco tira a pontuação superior a do negro e não adentra a universidade em razão da política de cotas estabelecidas pelas ações afirmativas.

Grande parte dos argumentos contrários às políticas de ações afirmativas são verificadas nas seguintes palavras:

Na ordem filosófica as ações afirmativas seriam mecanismos odiosos, que sob o pretexto de combater a discriminação, acabam por introduzirem uma nova forma de discriminação, ao contemplarem somente o direito de alguns. Seria uma injustiça sendo combatida com outra injustiça. Esta corrente

também defende o mérito individual como forma de acesso à educação e ao emprego, e não por critérios de raça, sexo, origem, sendo irrelevantes quaisquer considerações sobre os efeitos das discriminações ocorridas no passado. Em última análise, estar-se-ia violando o princípio da igualdade de oportunidades. Problemas de ordem prática também são apontados. Além da possibilidade de surgimento de falsas vítimas, haveria uma questionável intromissão do Estado nas empresas, que estariam obrigadas a implementar determinadas medidas, com reflexos, inclusive, no exercício das profissões. Porém, um dos maiores problemas pode ser a dificuldade de se identificar as pessoas pertencentes ao grupo das minorias, como hodiernamente acontece na denominada cotas para negros, onde pessoas assim se declaram para angariar benefícios. Na ordem jurídica defende-se que as decisões não devem levar em conta critérios de natureza social, histórica ou antropológica. A máxima jurídica que resultou da interpretação do princípio da igualdade (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais) não tem espaço nesta dimensão, na medida em que é vedado, constitucionalmente, qualquer tratamento preferencial em razão de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (RIOS, 2008, p. 181).

A adoção de cotas para negros nas universidades, motivadas para a consecução da ampliação da via de acesso e inclusão no ensino superior dos jovens afrodescendentes, dentro das inúmeras oposições às ações afirmativas, é a que mais oferece resistência (RIOS, 2008, p. 181-186).

As críticas em relação à política de cotas para negros nas instituições públicas de ensino superior, procede, primeiramente, pelo fato de ser uma política de ação afirmativa bastante evidenciada, por imediata implantação e principalmente por alcançar um reduto onde a discriminação, embora disfarçada é demasiadamente relevante. Outro motivo de crítica é justamente a divisão do mesmo espaço que, até então, era reservado aos grupos historicamente privilegiados que, na maioria das vezes, representam a elite econômica, política e social da população do Brasil.

A aversão é tão notória que sequer existem movimentos dessas elites para a ampliação de vagas, a fim de contornar a questão de cotas com o atendimento de um maior número de pessoas e de maneira mais igualitária, servindo, também, como forma de compensação das então “vagas perdidas” com as cotas decorrentes das por ações afirmativas.

Muito embora as oposições acerca das ações afirmativas não se respeitem somente às políticas de cotas, impossível não usá-las para análise dos argumentos contrários a toda a ideia de igualdade material.

As ações afirmativas como medidas políticas temporárias, compulsórias ou voluntárias, objetivadas para eliminar as desigualdades geradas ao longo da história, possuem outras modalidades além das cotas raciais nas universidades públicas. São gêneros de outras

espécies de instrumentos, apesar de com elas se confundirem. Dentro destes outros mecanismos, é possível destacar a reserva de percentual de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência, incentivos fiscais concedidos para as empresas, etc.

Não há que se dizer que as ações afirmativas violam o princípio da igualdade sob pena de ir ao encontro ao próprio fundamento que a embasa. O tratamento desigual a determinados grupos que se encontram em situações de vulnerabilidade e desvantagem não constitui um arbítrio, mas sim, numa possibilidade de se viabilizar a igualdade material.

Mello (2007, p. 18), nesse mesmo sentido, destaca que o princípio constitucional da igualdade envolve discriminações legais de pessoas, de coisas, de fatos e de situações sem que o mesmo seja violado.

Neves (1996, p. 262-263), com o mesmo posicionamento, verifica que:

Quanto mais se sedimenta historicamente e se efetiva a discriminação social negativa contra grupos étnico-raciais específicos, principalmente quando elas impliquem em obstáculos relevantes ao exercício de direitos, tanto mais se justifica a discriminação jurídica positiva em favor dos seus membros, pressupondo-se que esta se oriente no sentido da integração igualitária de todos no Estado e na sociedade.

[...]

As discriminações legais positivas em favor da integração de negros e índios estão em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos nos incisos III e IV do seu artigo 3º.

Esse argumento é bastante utilizado para aqueles que advogam contrários as ações afirmativas. Em face deste argumento a injustiça se evidencia, uma vez que não há como manter um equilíbrio dentro do contexto educacional quando se verifica uma disparidade, onde se tem uma universidade pública de boa qualidade com uma pequena parcela de negros, especialmente nos cursos mais disputados e, em contrapartida, um ensino fundamental e médio precários na rede pública, frequentado por pessoas das camadas mais necessitadas, onde residem uma maior concentração de negros.

Nesse processo é que as ações afirmativas se consolidam como instrumento temporário para equalização dessas diferenças, visando estabelecer critérios isonômicos, com uma sociedade mais justa e igualitária. Rios (2008, p. 182), neste ponto, assim, se expressa:

Diante desta questão, adeptos das ações afirmativas argumentam que a igualdade só será alcançada se, estrategicamente, o critério racial for considerado beneficente de modo temporário, até que se construam condições fáticas onde a superação da discriminação racial possa provocar a desconsideração da raça. Segundo Ronald Dworkin, por exemplo, políticas racionalmente conscientes são medidas temporárias visando à instauração de

uma sociedade *color blind*; sem elas, dificilmente serão criadas condições para os indivíduos alcançarem sua emancipação individual.

Rios (2008, p. 183) descreve que estas “vítimas inocentes” são os verdadeiros beneficiários do sistema de exploração do passado e que até os tempos atuais valem-se de prestígios, uma vez colocados numa posição equidistante das minorias e, conscientes ou não deste processo, corroboram para a injustiça estrutural que se pratica em desfavor destes grupos marginalizados:

Neste diapasão, não há vítimas inocentes com direitos violados, mas sim beneficiários indevidos decorrentes do racismo. A questão correta, portanto, não é de desprezo do mérito da vítima inocente, mas sim de evitar privilégios indevidos decorrentes da histórica supremacia branca. Trata-se de proteger o direito dos indivíduos negros a concorrerem aos benefícios sociais de modo equânime, livres na maior medida do possível da injustiça estrutural que decorre do racismo e de seus efeitos.

Nota-se que tais argumentos são carentes quanto a defesa do princípio da igualdade, pois impossibilitam vislumbrar a efetiva isonomia antes de tentar corrigir os erros e atrocidades do passado, que foram determinantes para a realidade atual de desigualdades. A necessidade das implementações de ações afirmativas é imprescindível para o equilíbrio das distorções da distribuição de oportunidades entre os indivíduos de um país.

As cotas para negros nas universidades são objetos de críticas sob o argumento de que não são levadas a sério pelas instituições de ensino. No entanto, não merece guarida este argumento, uma vez que, na realidade, são mais de 60 universidades públicas que aderiram ao sistema de cotas, tendo mais de 10 mil jovens beneficiados por estas políticas.

A crítica consubstanciada em torno da evasão das vagas motivadas pelo despreparo e falta de recurso dos negros para se manterem nos cursos, também não merece acolhimento, pois o abandono entre cotistas e não cotistas se mostra equilibrado.

Quanto ao resultado do aproveitamento escolar, os cotistas tiveram melhor desempenho que os demais. A saber:

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), os alunos cotistas apresentam desempenho próximo, similar ou até melhor em relação aos alunos que não cotistas. No Brasil 54 universidades públicas adotaram o sistema nos últimos anos, dentre elas a UNICAMP, Universidade Federal de Bahia (UFBa), Universidade de Brasília (UnB) e Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e desmitificaram essa ideia de que a cota vai ‘fazer o aluno desistir do curso por não acompanhar o ritmo’ ou que o sistema de cotas ‘infla ainda mais o ódio racial’.

Na Universidade de Brasília (UnB), 92,9% dos cotistas foram aprovados desde 2004, quando a política de cotas raciais foi instituída. O índice para os demais universitários foi de 88,9%. A nota média dos cotistas foi de 3,79, contra 3,57 dos demais – na UnB a nota é de 0 a 5.

Na Universidade Federal da Bahia (UFBA) e na Universidade Estadual de São Paulo (Unicamp) a história se repete. Na primeira, cotistas tiveram melhor rendimento em 11 dos 16 cursos da instituição e, na Unicamp, em 31 dos 55 cursos. Em estudo da ONG Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (Educafro) junto à Uerj, estudantes negros e oriundos da rede pública, ingressantes entre 2003 e 2007, apresentaram maior coeficiente de rendimento médio (6,41 e 6,56 respectivamente) em relação aos cotistas (6,37). Índios e deficientes somaram 5,73.

Um balanço geral dos três grandes grupos de cursos aponta que o desempenho dos cotistas negros tende a ser maior nas graduações da área de Humanas, o mesmo acontece nos cursos de Ciências da Saúde. Em relação aos cursos de Exatas o aproveitamento dos afrodescendentes é mais baixo.

O bom desempenho ocorre com mais evidência nos cursos de Humanas porque são as graduações em que muitos cotistas atingiriam notas suficientes para passar no vestibular, sem a reserva de vagas, mas as notas também vêm do esforço para manter o lugar na instituição.

Na área de Saúde, a explicação seria semelhante. ‘A seleção é difícil e quem consegue entrar é uma elite’, afirma Claudete. Em Medicina, Odontologia e Nutrição, que estão entre os mais concorridos no vestibular, a diferença entre as notas no 1º semestre do curso foi de apenas 1%. Em Educação Física, também compreendida na área de Saúde, a diferença é de 2% e, em Farmácia, de 3%.

O estudo mostra as dificuldades dos alunos que ingressaram pela reserva de vagas em acompanhar os colegas nos cursos de Exatas. Em Engenharia Civil, os cotistas tiveram notas 41% menores; em Engenharia Mecatrônica, 32%; em Engenharia Elétrica, 12%.

Segundo a pedagoga, o rendimento baixo pode ter como causa a educação deficiente de matérias que envolvem cálculo durante o ensino médio, conhecimento fundamental para esses cursos. ‘A base fraca de raciocínio matemático faz falta na universidade para os alunos desses cursos’, diz.

Segundo a pesquisa, a reserva de vagas tem conseguido trazer mais negros para dentro da universidade, mas Claudete sugere ações para que as deficiências levantadas sejam sanadas. ‘É preciso ver que dificuldades eles enfrentam e propor uma forma de acompanhá-los, por exemplo, com tutores, para que eles acompanhem os outros alunos’, afirma (JORNAL NOTÍCIAS DA CIDADE, 2016).

As ações afirmativas, gradativamente, estão atingindo seus objetivos nessa órbita, possibilitando o acesso à educação àqueles que dificilmente conseguiriam sem essas medidas.

Outro argumento contrário às políticas de ações afirmativas é que o artigo 208, V, da Constituição Federal²⁰ obsta as medidas de cotas e, conseqüentemente, violaria o princípio da diferença na igualdade material, o que redundaria dizer, que a tese alçada foge totalmente de toda sistemática constitucional baseada no princípio da igualdade material.

²⁰ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (*omissis*) V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (BRASIL, 1988).

Tal interpretação rigorosa e intencional do dispositivo assinalado interessa apenas aos que advogam contrários às medidas de cotas e favoráveis à manutenção das desigualdades advindas ao longo da história.

É certo que eventual interpretação só interessa aqueles que preferem manter a situação de privilégios auferidos ao longo da história, e que os fizeram desiguais. Assim, preservam o acesso ao ensino superior público, àqueles que, contraditoriamente, vieram do ensino particular sendo por isso, sabidamente melhor qualificados. Se há agora um interesse pelo ensino público é porque, neste instante, há uma mudança de qualidade de ensino – provavelmente intencional – propiciando a gratuidade da qualificação profissional aqueles que tiveram as melhores oportunidades por razões claramente econômicas, e não pelo mérito. Negligenciar este fato é preservar a desigualdade efetiva de acesso, e porquanto sempre mantenedora de uma política segregacionista (SILVA, 2010, p. 98).

Em sentido contrário à tese defendida pelos fervorosos opositores às cotas, é a Conferencia de Direitos Humanos de 1993 de Viena, que proclama a defesa das populações menos favorecidas, entendidas como aquelas que tiveram seus direitos fundamentais violados, de forma especial e individualizada pelos países.

Essa posição foi acolhida pelo Brasil, devendo ser aplicados os princípios consagrados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos pelos três poderes.

Com relação ao item 24, da Declaração e Programa de Ação de Viena, prescreve:

24. É extremamente importante que se enfatize a promoção e proteção dos direitos humanos de pessoas pertencentes a grupos que se tornaram vulneráveis, como os trabalhadores migrantes, visando à eliminação de todas as formas de discriminação contra os mesmos e o fortalecimento e implementação mais eficaz dos instrumentos de direitos humanos existentes. Os Estados têm a obrigação de criar e manter mecanismos nacionais adequados, particularmente nas áreas de educação, saúde e apoio social, para promover e proteger os direitos e setores vulneráveis de suas populações e garantir a participação de pessoas desses setores na busca de soluções para seus problemas.

E prossegue em seu item 25:

25. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos afirma que a pobreza extrema e a exclusão social constituem uma violação da dignidade humana e que devem ser tomadas medidas urgentes para se ter um conhecimento maior do problema da pobreza extrema e suas causas, particularmente aquelas relacionadas ao problema do desenvolvimento, visando a promover os direitos humanos das camadas mais pobres, pôr fim à pobreza extrema e à exclusão social e promover uma melhor distribuição dos frutos do progresso social. É essencial que os Estados estimulem a participação das camadas

mais pobres nas decisões adotadas em relação à suas comunidades, à promoção dos direitos humanos e aos esforços para combater a pobreza extrema.

A Conferência Mundial de Direitos Humanos sobre Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Outras Formas de Intolerância realizada em Darban, África do Sul, em 2001, prescreve em seus itens 99 e 100 do Programa de Ação a serem adotados pelos Estados signatários, que:

99. Reconhece que a luta contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e a intolerância conexa é uma responsabilidade primordial dos Estados. Encoraja, assim, os Estados a desenvolverem ou elaborarem planos de ação nacionais para promover a diversidade, igualdade, equidade, justiça social, igualdade de oportunidades e a participação de todos. Através de, entre outras medidas, ações e estratégias afirmativas ou positivas, estes planos devem visar a criação das condições que permitam a participação efetiva de todos nos processos de decisão e a realização dos direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais em todas as esferas da vida, numa base de não discriminação. A Conferência Mundial encoraja os Estados, no desenvolvimento e elaboração de tais planos de ação, a estabelecerem, ou reforçarem, um diálogo com organizações não governamentais a fim de as envolver mais de perto na concepção, execução e avaliação das políticas e programas;

100. Insta os Estados a estabelecer, com base em informação estatística, programas nacionais que compreendam medidas de ação afirmativa ou positiva, para promover o acesso dos indivíduos e grupos de indivíduos que são ou possam ser vítimas de discriminação racial aos serviços sociais básicos, nomeadamente educação primária, cuidados de saúde essenciais e habitação adequada;

No mesmo sentido, a mesma Convenção destaca em seu artigo 1º, item 4, que também abre espaço para as medidas afirmativas em defesa de grupos ou indivíduos que necessitem de proteção:

Artigo 1, item 4 – Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Nesse sentido, Piovesan e Guimarães (2017, p. 01) apontam que:

No mesmo artigo 1º da Convenção, o § 4º adverte que não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos, contanto que tais medidas não conduzam, em conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados seus objetivos. Neste sentido, as medidas especiais e temporárias voltadas a acelerar o processo de construção da igualdade não são consideradas discriminação racial. É o caso das chamadas ações afirmativas, que são medidas positivas adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório.

Inúmeros são os mecanismos internacionais que enfatizam o compromisso internacional e interno na implantação de políticas de ações afirmativas como instrumentos hábeis e fundamentais para a efetivação da igualdade entre todas as pessoas por meio da erradicação das injustiças sociais e econômicas, especialmente, daquelas decorrentes de discriminações sociais.

Sendo o Brasil signatário de todas as declarações, tratados e acordos internacionais consensuados globalmente para a proteção dos direitos humanos e do desenvolvimento, significa que os incorporou em seu ordenamento jurídico, devendo, assim, serem respeitados e aplicados como mandamento do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 5º [...]

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte.

Não se pode deixar de destacar os artigos 1º e 3º da carta constitucional, que vão ao encontro dos objetivos trazidos nos diversos instrumentos internacionais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É de competência dos legisladores infraconstitucionais a elaboração de leis que atendam aos dispositivos inseridos nestes instrumentos que versam a respeito da matéria. De igual forma, compete ao judiciário a tarefa de enfrentar a matéria com a aplicação dos referidos instrumentos normativos internacionais em suas decisões e, as omissões legislativas, como a finalidade de fazer valer os princípios e valores constitucionais.

Desaba, dessa forma, a tese de que as políticas de ações afirmativas violariam o artigo 208, V, da Constituição Federal, ante os argumentos discorridos, especialmente, pelo fato do Brasil ser signatário de todos os instrumentos internacionais corroborados à permissão constitucional da hermenêutica, que sinaliza que todos os três poderes devem se ater aos princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça, da solidariedade, do pluralismo e o combate às desigualdade sociais.

Outro argumento contrário à implementação das ações afirmativas repousa na falta de base científica para definir o conceito de raça e critério para identificação dos destinatários destas medidas. Contudo, também não merece acolhimento este argumento consubstanciado na falta de critérios objetivos, pois o parâmetro a levar em consideração é justamente em atender os grupos denominados de minorias decorrentes da discriminação e marginalização ao longo da história.

Quanto ao tema, a respeito da população negra, outra tentativa contrária às políticas de ações afirmativas é fundada em argumentos de que com instrumentos jurídicos diferenciados, em via contrária, fará surgir conflitos raciais no Brasil, o que redundaria na negação de existência da segregação racial e do racismo atual ou passada na formação do povo brasileiro (RIBEIRO, 1995, p. 219-227).

Verifica-se que as posições contrárias às políticas de ações afirmativas deixam de levar em consideração o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana que são verdadeiras pilstras de justificação para essas medidas.

Ponderados os prós e contras das argumentações explanadas, é defendida nesta dissertação a urgente necessidade de implementações de ações afirmativas, visando diminuir os problemas sociais. Relegar ao livre arbítrio do mercado de trabalho ou os detentores do poder, esquecendo da tendência ideológica solidária perseguida pela humanidade, é, sem

dúvida alguma, difundir o direito corporativo, sem maiores preocupações com as estruturas de uma sociedade duradoura.

Adotar entendimento de que o mérito individual seja a única porta para a inclusão social, é desprezar todas as pessoas que se esforçam para criar oportunidades, mas que, por motivos alheios, são despojados na vala dos considerados “ineficientes”. É indispensável a busca dos reais motivos que tornaram impotentes as tentativas de se obter um “lugar ao sol”, ressaltando a importância de que um argumento deve ter respaldo científico e cultural, pois caso contrário, poder-se-ia estabelecer teses sem compromisso com a realidade, causando o prejuízo da evolução ética do amadurecimento social. Merece destaque que alguns indivíduos outrora considerados minorias, após conseguirem uma posição de igualdade na sociedade, revelam-se austeros com os grupos sociais que estavam inseridos, negando a própria origem e outros atributos inerentes a esta, ressaltando-se como exceções. Esta conduta é decorrente dos efeitos demasiadamente acelerados provocados pelos meios de comunicação, no tocante a existência de grupos mais importantes do que outros. Deste modo, a discriminação pode ter origem dentro dos próprios grupos minoritários, uma vez que afastam-se dos seus para associarem-se a ideologias discriminatórias, muitas vezes repelidas pelas majorias jurídicas.

CAPÍTULO III - MINORIAS ÉTNICAS, RELIGIOSAS E CULTURAIS

Antes de adentrar ao problema central desta dissertação envolvendo a implantação de políticas de ações afirmativas com relação às minorias étnicas, linguísticas e religiosas, torna-se imprescindível verificar a diferença conceitual entre minorias e grupos vulneráveis, pois no momento da concretização de direitos inerentes a estes grupos denominados minoritários, esta diferenciação, mesmo que de maneira bem peculiar, trará efeitos concretos diversos, podendo influenciar no tocante as necessidades inerentes a cada grupo, pois as políticas públicas destinadas às minorias, em grande parte, não trazem nenhum benefício aos grupos vulneráveis ao contrário daquelas medidas implementadas em favor dos grupos vulneráveis que podem influenciar de maneira mais acentuada na vida humana, incluindo-se nesta perspectiva, as minorias.

Desse modo, passa-se a examinar minuciosamente as discretas diferenças existentes, ao menos no sentido conceitual de minorias e grupos vulneráveis.

3.1 Minorias e grupos vulneráveis

Devido às características ímpares dos grupos minoritários (vulneráveis e minorias), o legislativo carece em oferecer tratamento diferenciado a eles, objetivando a existência de igualdade de fato, a igualdade material.

Existe certa confusão conceitual entre minorias e grupos vulneráveis. As primeiras seriam caracterizadas por ocupar uma posição de não-discriminação no país onde vivem. Quanto aos grupos vulneráveis podem constituir num grande contingente numericamente falando, como as mulheres, crianças e idosos.

Outro aspecto interessante de grupos vulneráveis é que, com certa frequência, eles não têm sequer a noção de que estão sendo vitimados por discriminação ou que seus direitos estão sendo desrespeitados, e, muitas vezes, eles não sabem sequer que possuem direitos. Na prática, tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas da intolerância.

Tais efeitos, verificados dentro das diferenciações brevemente apresentadas, se concretizam quando da imaginação de políticas públicas. Não se pode falar no implemento destas ações no que se refere aos grupos vulneráveis, pois não se nota interesse entre eles em

manter suas identidades. Doravante, é essencial que haja políticas públicas para manter viva a identidade das minorias.

3.1.1 Conceito de minorias

Os direitos humanos são opostos ao interesse estatal e pertencem ao mesmo Estado. Começaram a ser vislumbrados pelos grupos menos expressivos ou menores das sociedades organizadas. O pastor Martin Luther King Júnior²¹ é exemplo inaugural das lutas desenvolvidas nos Estados Unidos, que deram início às ações afirmativas.

No princípio da exemplar obra de Elida Séguin, “Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica” (2002), a autora afirma que na luta pela sobrevivência o mais forte tende a vencer e eliminar o mais fraco. Com isso, faz desaparecer várias espécies, o que se mostra em nada benéfico, porque, com isto a pluralidade é perdida.

A autora afirma que existe grande correlação entre os conceitos de minorias, grupos vulneráveis, democracia e cidadania. Alerta, ainda, que a intimidade entre esses conceitos gera uma interdependência, uma vez que a forma como é abordada a questão das minorias e dos grupos vulneráveis pode provocar arranhões à democracia de um Estado, e que a superação de impasses das diferenças permite, segundo alega, o resgate de uma cidadania perdida ou “escondida dentro do armário”, tanto nacional como internacionalmente.

Por sua vez, Séguin (2002, p. 09) estabelece:

Pensa-se em minorias como um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor em relação à população deste. [...]

Conceituar minorias é complexo, vez que sua realidade não pode ficar restrita apenas a critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais. Temos que sopesar sua realidade jurídica ante as conquistas modernas. (SÉGUIN, 2002, p. 9).

Alves (2009, p. 13), tratando filosoficamente da diferença e o problema da igualdade, diz acertadamente a respeito do conceito de minoria:

²¹ Martin Luther King Jr. (Atlanta, 15 de janeiro de 1929 — Memphis, 4 de abril de 1968) foi um pastor protestante e ativista político estadunidense. Tornou-se um dos mais importantes líderes do movimento dos direitos civis dos negros nos Estados Unidos, e no mundo, com uma campanha de não violência e de amor ao próximo (MARTIN, 2017).

O conceito de minoria pode ser obtido de duas formas: pela afirmação do que as minorias são, ou pela afirmação do que não são, que na epistemologia poderia ser designado por definição afirmativa ou negativa. Considerando que tudo foi negado as minorias, construir-se-á o seu conceito a partir daquilo que a distingue da maioria, ou das massas (Ortega y Gasset, 1987), ou seja, a diferença (conceito que deve ser tomado em sua acepção filosófica).

Séguin (2002) adverte que não se pode ficar restrito somente a critérios religiosos, étnicos, linguísticos ou culturais para definir o que são minorias, sendo necessário, sobretudo, sopesar a sua realidade jurídica ante as conquistas modernas.

A minoria é pensada como um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos que se distinguem dos outros habitantes do país.

O termo “minoria” é, assim, definido: “Inferioridade numérica; parte menos numerosa de uma corporação deliberativa, e que sustenta ideias contrárias às do maior número.”

Séguin (2002, p. 05) transcreve trecho do Dicionário de Política de Norberto Bobbio, para quem a teoria das minorias envolve a:

[...] noção [que] nasce da distinção entre decisões de uma coletividade e as decisões individuais. Aquelas são decisões subtraídas à competência de cada indivíduo como tal. Se por decisão individual se entende que cada indivíduo decide por si, então as decisões coletivas são decisões não individuais.

Insiste que, segundo a teoria, não existe uma definição unívoca de grupos.

A autora em comento apresenta alguns paradoxos em relação à definição de minorias. Menciona, como exemplo, a mulher, que representa mais da metade da poluição mundial e, também, os idosos, que atingem 8% da mesma população. Entretanto, em relação a esses dois grupos existem problemas. Daí porque – prossegue – a texto da Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas, de dezembro de 1992, sobre Direitos de Minorias, se tem evitado a definição sobre minorias e somente faz referência a *persons belonging to national our ethnic, religious and linguistic minorities*. E complementa:

A definição de minorias na lei internacional tinha sido realizada pouco mais do que para impedir o processo de configuração padrão e não tinha sido incluída na Declaração; lei que de fato tinha prosseguido sem definições

significativas para preservar a flexibilidade, transparência e possibilidade de progresso ²². [TRADUÇÃO NOSSA]

É citada, também, a definição de Francesco Capotorti, em sua obra *Study on the Rights of Person Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*:

Um grupo numericamente inferior, restante da população total de um estado, em uma posição não dominante, cujos membros - sendo cidadãos do Estado - possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas que diferem do resto das populações e, tardio, somente subentendem, um sentido de solidariedade, diretor, visando preservar sua cultura, tradições, religiões ou linguagem.²³ (CAPOTORTI, 1991, p. 05 APUD WUCHER, 2000, p. 78). [TRADUÇÃO NOSSA]

Desta feita, Séguin (2002) sustenta que Capotorti (1991) elenca como elementos constitutivos da minoria:

a) o numérico;

b) o da não dominância;

c) o da cidadania;

d) o da solidariedade entre seus membros para que suas culturas, tradições, religiões ou idiomas sejam preservados.

Assim sendo, o número por si só não é suficiente para caracterizar uma minoria. Para que seja protegida institucionalmente, não é necessário que esta minoria seja dominante no Estado em que está inserida.

A solidariedade e fraternidade presentes nessas minorias buscam preservar suas características elementares e buscam a prevalência de suas raízes ou peculiaridades que as diferem das maiorias.

As minorias, as vezes, são numericamente maiores, no entanto, para saber se realmente é uma minoria, imprescindível analisar não somente a quantidade e sim a qualidade. Pessoas que pertencem aos grupos minoritários necessitam de um tratamento diferente para se enquadrar à sociedade em que estão inseridas. Os princípios da igualdade, da isonomia devem ser avaliados nesta perspectiva e buscar entender o real significado da frase

²² No original: A definition of minorities in international law had often done little more than to impede the process of standard-setting and had not been included in the Declaration; law in fact had proceeded without sharp definitions in order to preserve flexibility, openness and the possibility of progress.

²³ No original: A group numerically inferior total rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members -being nationals of the State- possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those rest of the resto of the populations and slow, if only implicitly, a sense of solidarith, director, towards preserving their culture, traditions, religions or language.

aristotélica: “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.

Mostra-se fundamental o papel do Estado nessa perspectiva, o qual deve implantar políticas públicas, ações afirmativas, capazes e suficientes para diminuir as barreiras, buscando a pacificação e um bom convívio social.

A igualdade ou melhor dizendo a desigualdade de Aristóteles pode ser posta em prática por meio das denominadas ações afirmativas, que visam uma verdadeira igualdade entre os indivíduos. Neste sentido, aponta Pires (1995, p. 18-19):

[...] que preveem um tratamento distinto para certas pessoas ou categorias de pessoas, com vista a garantir-lhes uma igualdade material em relação aos outros membros da sociedade. Essas normas são tendencialmente temporais e vigoram enquanto se verificar a situação desfavorável, devendo deixar de vigor logo que ultrapassada a desigualdade.

O Poder Legislativo, em razão própria das características dos grupos minoritários, não oferece um tratamento diferenciado a estes, no intuito de que ocorra de fato uma igualdade.

3.1.2 Conceito de grupos vulneráveis

Importante, inicialmente, expor alguns conceitos a fim de que se possa delimitar as devidas proporções e diferenças existentes entre as minorias e os grupos denominados vulneráveis. Os grupos vulneráveis são formados por indivíduos que possuem direitos civis e políticos e de cidadania, contudo, a sociedade de maneira geral e por ser a maioria, macula certos direitos inerentes a estas pessoas vulneráveis.

Para que esta mácula ocorra é perceptível um fator numérico desfavorável aos grupos vulneráveis, ou seja, estes se mostram em menor número na sociedade, pois se o contrário fosse verdadeiro poderiam eles se rebelar contra a sociedade.

O drama que existe entre esses grupos decorre por situações fáticas exatamente por inexistir uma identidade própria, o que decorre num certo desprezo no modo em que a sociedade e o poder público observam esses grupos.

O conceito de grupos vulneráveis pode ser definido como um conjunto de pessoas, ligadas por ocorrências fáticas de caráter provisório, o qual não possui identidade, existindo interesse em permanecer nessa posição, tendo seus direitos feridos e invisíveis perante aos

olhos da sociedade e também do poder público. Dentro desses grupos podemos exemplificar os idosos, crianças, mulheres, negros, entre outros.

Utilizando-se dos conceitos e raciocínios de Séguin (2002), é possível afirmar que os grupos vulneráveis apresentam as seguintes características, que poderiam distingui-los das minorias:

- a) se apresentam, por vezes, como grande contingente, sendo exemplo disso, as mulheres, as crianças e os idosos;
- b) também são destituídos de poder;
- c) mantêm a cidadania;
- d) acima de tudo, não têm consciência de que estão sendo vítimas de discriminação e desrespeito;
- e) não sabem que têm direitos.²⁴

Porém, tanto os grupos vulneráveis como as minorias são vítimas de discriminação e de intolerância, e Séguin (2002) não se atem às diferenças existentes entre uns e outros, e destaca que o problema emerge quando o Estado, ao invés de atender as necessidades das minorias, tenta eliminá-las. Por outro lado, em alguns países, não há “minorias”, como é o caso da República do Daquistão, em Caucaso que, em 1994, possuía 1.768.000 habitantes, formada por 40 etnias e 10 línguas oficiais, sem que sua constituição gire em torno de uma das etnias dominantes.

Séguin (2002) destaca o fato de que a cada dia surgem novos grupos ou se passa a discriminar novos grupos como, por exemplo, os presos e os egressos, que passam a sofrer intolerâncias pelo preconceito de que voltarão a delinquir. Ressalta que é preciso mudar o critério quantitativo para o qualitativo, sendo possível, num certo momento, investigar a questão das minorias menos estudadas, como os mais altos, os mais baixos, os obesos, os transplantados, etc.

A autora traz interessante tópico, intitulado “Preocupação no tempo e espaço”, onde é analisada a impossibilidade de se reescrever a história, mas repensar sobre ela é algo aconselhável, para evitar que não se caia nos mesmos erros do passado, tais como a intolerância e a ganância pretéritas, que levaram a várias guerras.

²⁴ Sobre o direito de ter direitos, importantes considerações são feitas por Elida Séguin, que escreve: “Há preocupação internacional de minimizar as diferenças e estabelecer metas para o crescimento contextualizado e globalizado do ser humano. A [...] (ONU), por meio do [...] (PNUD), tenta dinamizar o desenvolvimento humano e fomentar o respeito dos direitos humanos, ou seja, o direito de ter direitos.

Séguin (2002) afirma que vários diplomas legais visam à proteção das minorias e dos grupos vulneráveis. Contudo, seu estudo depende dos ângulos em que serão analisados esses diplomas e também quais as minorias e grupos que se pretendem analisar.

Aponta a autora que após a 1ª Guerra Mundial surgiram inúmeros tratados visando essa proteção, o que levou a Polônia, por exemplo, a colocar proteção em sua Constituição, com destaque aos direitos das minorias em relação:

- a) às liberdades religiosas;
- b) ao uso da língua;
- c) ao estabelecimento do ensino privado;
- d) ao respeito aos costumes.

No período compreendido entre a primeira e a segunda guerra mundial ocorreu enorme preocupação com as minorias, e a Liga das Nações teve fundamental importância em fazer com que esses direitos fossem assegurados. Após a 2ª Guerra Mundial, com o mundo dividido em dois blocos e com o surgimento das Ditaduras na Europa Central, aqueceu-se a luta pelos interesses das minorias.

As atrocidades ocorridas durante a 2ª Guerra Mundial, especialmente contra o povo judeu, mostraram a correlação entre o respeito aos direitos fundamentais e à paz.

Não obstante o aparente respeito aos direitos fundamentais após a 2ª Guerra Mundial, na prática as ações afirmativas que poderiam assegurar referidos direitos não tem sido concretizadas para que se diminuam as diferenças.

Séguin (2002), ao abordar os acontecimentos envolvendo o Brasil, mostra que a proteção às minorias passou por estágios em que não se dava efetividade aos direitos das minorias. Exemplificando, citou a posição de Afrânio de Melo Franco, que em 1925, sustentou, no Conselho das Ligas das Nações, que os tratados não se aplicariam em relação ao mero agrupamento étnico encrustado no corpo do Estado, cuja maioria fosse constituída por população de outra raça.

Segundo a autora, o questionamento que pode surgir se refere ao fato de se saber se os imigrantes se equiparam às minorias só porque são estrangeiros. Serão dependendo do modo como são recepcionados no país que os acolhe, de modo que é de se ver as minorias mais por seu aspecto humanitário do que em sua relação à conotação territorial.

Algumas das características que se levou em conta para a proteção das minorias durante a chamada Guerra Fria são:

- a) a proteção não se refere só à religião, deve também cobrir faixa etária, raça e língua;
- b) não se dá proteção só ao indivíduo, mas ao conjunto de cada minoria (considerado ente coletivo);
- c) a garantia dos compromissos é acompanhada pela Liga das Nações;
- d) as controvérsias deveriam ser dirimidas pela Corte Permanente de Justiça Internacional.

A autora cita outros instrumentos de proteção das minorias:

- a) em 1966, a Declaração da UNESCO sobre princípios de cooperação cultural da humanidade;
- b) o artigo 27, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos;
- c) a Conferência de Angel, em 1976;
- d) a Conferência de Segurança e Cooperação Européia, em 1990;
- e) a Assembléia Geral das Nações Unidas que, em 1992, aprovou a Declaração sobre os Direitos de Pessoas que pertencem a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas.
- f) a Conferência de Cúpula de Helsinque, em 1993 (declaração dos direitos das pessoas pertencentes às minorias nacionais ou étnicas);
- g) em 1994, a conclusão da Convenção Moldura no Conselho da Europa para a proteção de minorias (Estados devem evitar política de assimilação contrária à vontade das minorias, bem como espírito de tolerância e diálogo intercultural);
- h) em 1995, criação de Grupo de Trabalho sobre minorias (Subcomissão de Prevenção de Discriminação e de Proteção de minorias dos Estados Unidos) (BRITO, 2009, p. 101).

Por fim, Séguin (2002) *apud* Brito (2009, p. 103) analisa a tipologia que envolve as minorias, e faz a seguinte subdivisão baseada em Wurcher (2000):

- a) *Minorities by force*, ou seja, as que estão em posição de inferioridade e querem ser aceitos pelas maiorias;
- b) *Minorities by will*, que exigem tolerância e não discriminação e medidas especiais que permitam sua preservação e suas características coletivas (culturais, religiosas ou linguísticas).

As minorias “by force” são aquelas que se encontram em uma posição de inferioridade na sociedade em que vivem em virtude da discriminação que sobre elas pesam. Postulam não a adoção de novos direitos, mas apenas a efetivação e a concretização de direitos já assegurados nos dispositivos legais. Visam, portanto, não serem discriminados pelo restante da sociedade. Sem discriminação, estaria aberto o caminho para a inclusão social. As minorias “by will”, no entanto, exigem, além da não discriminação, a adoção de medidas especiais as quais lhes permitam conviver com o restante da população nacional em igualdade de condições, sem que isso implique em assimilação. Em outras palavras, sugerem não a inclusão, mas a modificação de estruturas sociais que reproduzem a desigualdade e a exclusão, a partir de medidas concretas de efetivação da igualdade.

3.2 Políticas públicas: minorias X grupos vulneráveis

Enfrentadas as questões relativas às diferenciações conceituais dos grupos vulneráveis e das minorias, poder-se-á chegar à conclusão de que, de fato, existe distinção entre ambos, pelo que é de se avaliar os efeitos concretos destas diferenças.

Nessa toada, nota-se que no momento da concretização de direitos inerentes aos grupos vulneráveis com relação às minorias, a diferenciação, mesmo que de maneira bem peculiar, trará efeitos concretos, visto que tal diferença pode influenciar no tocante as necessidades inerentes a cada grupo.

Para vislumbrar essa questão, imaginar-se-á a importância que teria para uma determinada minoria a implementação de políticas públicas destinadas à manutenção dos seus traços culturais, visando a manutenção desta identidade. Deve ser considerada, entretanto, que os grupos vulneráveis não apresentam esta característica, de modo que não traria benefício algum a este grupo. Contudo, para as minorias, este traço é essencial, apresenta-se como algo que lhe é peculiar, razão pela qual esta política trará claros benefícios de ordem prática. Por outro prisma, sob um olhar da sociedade, mostra-se possível afirmar que uma ação estatal traria benefícios se viesse em favor, talvez, dos grupos vulneráveis, eis que poderia influenciar de maneira mais acentuada na vida humana.

Imagine-se na hipótese em que o administrador público tenha que optar e esteja diante de uma situação de limitação orçamentária de seu governo, e neste contexto, tenha que escolher entre estabelecer políticas públicas que mantenham a cultura indígena, ou políticas públicas que se destinem a atender ao idoso, ou à criança, sendo que tanto o grupo vulnerável quanto ao grupo considerado minoria carecem de uma alimentação adequada. No exemplo proposto, mostra-se muito mais relevante atender os grupos vulneráveis (crianças e idosos) do que as minorias (índios).

É nessa situação que se deve observar a distinção entre grupos vulneráveis e minorias, pois, tal distinção poderá servir como norte ao poder público no momento de estipular ações no sentido de efetivar direitos inerentes a estes grupos, quando o ideal seria atender a ambos, a todas as suas necessidades, porém, muitas vezes, isso não ocorre, razão pela qual, acredita-se que o administrador está inclinado a favorecer na maioria das vezes os grupos vulneráveis.

Assim sendo, a distinção entre grupos vulneráveis e minorias apresenta-se como fator de grande relevância e importância no cenário jurídico, principalmente no tocante à

implementação de políticas públicas, sobretudo, das ações afirmativas. Doravante, é essencial que haja políticas públicas para manter viva a identidade das minorias.

Defende-se que tanto os grupos vulneráveis como as minorias são vítimas de discriminação e de intolerância, não podendo se ater às diferenças existentes entre uns e outros. O pior problema emerge quando o Estado, ao invés de atender às necessidades das minorias, tenta eliminá-las. É preciso mudar o critério quantitativo (sociológico) para o qualitativo (antropológico), pois tanto os vulneráveis como as minorias são grupos que sofrem discriminações e se caracterizam por ser uma seção não dominante da população dos Estados.

Para Mazarío (1997, p. 198), minorias e grupos vulneráveis:

[...] são aqueles que sofrem uma discriminação e se caracterizam por ser uma seção não dominante da população dos Estados. Desde esta caracterização teórica, as minorias e os grupos vulneráveis *formariam uma única e mesma categoria*. No entanto, a nosso entender, uma minoria é sempre um grupo vulnerável, entendendo por tal um grupo não dominante subordinado à sociedade, mais não sucede o mesmo ao contrário, isto é, nem todo grupo vulnerável é uma minoria, já que não podem ter características étnicas, religiosas ou linguísticas, que seus membros não se sintam unidos a ditos elementos distintivos como configuradores de sua própria identidade ou, enfim, que não tenham nenhum elemento de permanência ou de lealdade do Estado em que vivem. Ele leva a excluir do âmbito da minoria grupos tais como os refugiados, os asilados, [e os] estrangeiros.²⁵ [TRADUÇÃO NOSSA]

Desta feita, é possível verificar que as minorias e o grupos vulneráveis fazem parte de uma única e mesma categoria, contudo uma minoria é sempre um grupo vulnerável. No entanto, e o problema reside justamente neste ponto, é que nem todo grupo vulnerável é uma minoria, posto que não possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas específicas, o que redundaria dizer, que as políticas de ações afirmativas se mostram mais evidenciadas e voltadas para os direitos dos grupos vulneráveis, quando o ideal seria atender aos dois grupos denominados minoritários.

²⁵ No original: [...] son aquéllos que sufren una discriminación y se caracterizan por ser una sección no dominante de la población de dos Estados. Desde esta caracterización teórica, las minorías y os grupos vulnerables formarían una única y misma categoría. Sin embargo, a nuestro entender, una minoría es siempre un grupo vulnerable, entendiendo por tal un grupo no dominante o subordinado de la sociedad, pero no sucede lo mismo al contrario, esto es, no todo grupo vulnerable es una minoría, ya que pueden no tener características étnicas, religiosas o lingüísticas, que sus miembros no se sientan unidos a dictos elementos distintivos como configuradores de su propia identidad o, en fin, que tengan ningún elemento de permanencia o de lealtad al Estado em que vivem. Ello lleva a excluir del ámbito de protección de la minoría a grupos tales como los refugiados, los asilados [e los extanjeros].

3.3 Minorias étnicas, linguísticas e religiosas

Para a compreensão e defesa dos direitos das minorias étnicas, linguísticas e religiosas que tiveram relevante papel no processo de formação da sociedade brasileira, como também os direitos individuais e coletivos dos demais grupos sociais, denominado maiorias, imprescindível conhecer e discutir aspectos básicos do tema. A dificuldade do próprio conceito de minorias e os problemas enfrentados em sua conceituação; o direito desses grupos com relação ao direito como um todo e especificamente perante o direito brasileiro. Alguns exemplos de grupos minoritários; os tratados internacionais que versam sobre o tema; a situação concreta da posição da sociedade e do poder público para como estes indivíduos são abordagens que merecem análise cuidadosa, justamente para não perder de vista o mote principal que reside na promoção da integração dos grupos mais discriminados com relação aos grupos mais favorecidos da sociedade, na busca de extirpar quaisquer tipos de estereótipos, discriminação ou preconceitos em relação àqueles.

Embora seja muito escassa as informações sobre as minorias, talvez motivada pela própria desconsideração acerca do tema, importante se mostra a realização e incentivo de pesquisas na área, no sentido de contribuir com o acréscimo de informações e, conseqüentemente, trazendo melhores resultados nas ações implementadas em defesa da manutenção das minorias étnicas, linguísticas e religiosas.

A Organização das Nações Unidas não conseguiu formalizar um conceito de minorias universalmente aceito em razão de tratar-se de uma questão muito polêmica. Sempre ocorreu muita hesitação sobre referido tema. A DUDH não tratou particularmente dos Direitos das Minorias, de modo que o Pacto Universal dos Direitos Civis e Políticos, datado de 1966, foi o primeiro documento normativo internacional da ONU a tratar sobre a questão, ainda assim, sem fornecer uma definição de minoria, apenas exigia o respeito aos direitos dos grupos denominados grupos minoritários.

Segundo Alves (1997), as argumentações para tamanha hesitação provém da dificuldade de conciliação das posições assimilacionistas dos Estados do Novo Mundo (formados por populações imigrantes) e as dos Estados do Velho Mundo, com um grande número de grupos distintos em seus territórios nacionais, e adverte que as razões mais profundas para as hesitações nessa área vislumbram-se no Prefácio de Francesco Capotorti ao seu estudo sobre as minorias, de 1977 (para a regulação do artigo 27 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos), a saber:

[...] desconfianças dos Estados em relação aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos das minorias, vistos como pretextos para interferência em assuntos internos; ceticismo quanto ao fato de se abordar, em escala mundial, as situações distintas das diversas minorias; a crença na ameaça à unidade e à estabilidade interna dos Estados pela preservação da identidade das minorias em seu território e, finalmente, a idéia de que a proteção a grupos minoritários constituiria uma forma de discriminação.

O conceito de minoria de Capotorti (1991) assemelha-se ao do antropólogo Fredrik Barth (1969, p. 11), que os situa na autoperpetuação biológica, compartilhamento de valores culturais comuns, integração de um campo de comunicação e interação e identificação dos membros do grupo entre si.

Verifica-se que existem duas definições como se caracterizam minorias, uma envolvendo o campo sociológico e a outra o campo antropológico. Asseverando sobre o fator quantitativo, Moreno (2009, p. 152) observa que:

Na sociologia o termo minoria normalmente é um conceito puramente quantitativo que se refere a um subgrupo de pessoas que ocupa menos da metade da população total e que dentro da sociedade ocupa uma posição privilegiada, neutra ou marginal.

Contudo, no aspecto antropológico, o realce é dado ao conteúdo qualitativo, referindo-se a subgrupos marginalizados, ou seja, minimizados socialmente no contexto nacional, podendo, inclusive, ser uma maioria em termos quantitativos. Uma das primeiras definições de minorias foi do sociólogo Louis Wirth²⁶ (1945, p. 347), sendo minoria:

[...] um grupo de pessoas que, por causa de suas características físicas ou culturais, são isoladas das outras na sociedade em que vivem, por um tratamento diferencial e desigual, e que por isso se consideram objetos de discriminação coletiva.

Pode-se concluir que no conceito antropológico a diferença não reside nos termos quantitativos, mas justamente no tratamento e no relacionamento entre os vários subgrupos, nas relações de dominação e subordinação. Sem ficar restrito aos números, o grupo dominante é a maioria e o grupo dominado é a minoria.

²⁶ Louis Wirth (1897-1952), sociólogo, nasceu na Alemanha, mas emigrou para os Estados Unidos em 1936. Destacou-se na Escola de Sociologia de Chicago, cujos interesses incluíam a vida da cidade, o comportamento de grupo minoritário e meios de comunicação. É reconhecido como um dos principais sociólogos urbanos.

As dificuldades para se alcançar uma definição unânime e razoável do que são minorias permanecem. A Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, que serão analisadas nesta dissertação, não se propôs a fazê-la, quer em seu preâmbulo, como também em sua parte dispositiva. Em contrapartida, a criação de um grupo de trabalho formado pela Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção às Minorias promete avanços nessa área conceitual.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 27, elenca tão somente as minorias étnicas, linguísticas e religiosas a serem protegidas, pelo que é muitas vezes objeto de críticas.

As minorias étnicas são grupos que apresentam fatores distinguíveis em termos de experiências históricas compartilhadas e sua adesão a certas tradições e significantes tratos culturais, que são diferentes dos apresentados pela maioria da população.

Para Barth (1976, p. 11), as minorias étnicas são definidas da seguinte forma:

O termo grupo étnico é utilizado geralmente na literatura antropológica para designar uma comunidade que: 1) em grande medida se auto-perpetua biologicamente; 2) compartilha valores culturais fundamentais realizados com unidade manifestada em formas culturais; 3) integra um campo de comunicação e interação; 4) conta com membros que se identificam a si mesmos e são identificados pelos outros e que constituem uma categoria distinguível de outras categorias da mesma ordem.

As minorias religiosas são grupos que professam e praticam uma religião (não simplesmente uma outra crença, como o ateísmo, por exemplo, que se diferencia daquela praticada pela maioria da população (DIMENSTEIN, 1992, p. 156).

Esse é outro aspecto de relevo, a conceituação de religião, para fins de proteção. Walker (1980) aponta que religião envolve crença em, e conciliação de, poderes considerados superiores ao homem os quais são acreditados como reguladores e controladores do curso da natureza e da vida humana. Envolve elementos de crença, um corpo de dogma, atos de profissão de fé, e ritual.

Dimenstein (1992, p. 146) reconhece que “*não há definição de religião que seja comumente aceita*”, e, ao analisar a liberdade religiosa das minorias religiosas, opta por considerar religião - por oposição a qualquer outra forma de crença - relaciona-se com a fé em um Ser Supremo, ou em múltiplas deidades, ou pelo menos em alguns espíritos ou poderes sobrenaturais capazes de influenciar as atividades humanas.

Para dizer o menos, são minorias religiosas no Brasil os judeus, budistas, muçulmanos, evangélicos, espíritas, praticantes de candomblé (religião iorubá), entre outros.

As minorias linguísticas são grupos que usam uma língua, quer entre os membros do grupo, quer em público, que claramente se diferencia daquela utilizada pela maioria, bem como da adotada oficialmente pelo Estado. Não há necessidade de ser uma língua escrita. Entretanto, meros dialetos que se desviam ligeiramente da língua da maioria não gozam do status de língua de um grupo minoritário (NOWAK, 1993, p. 491). Do mesmo modo que religião e etnia precisam ser definidas, o mesmo se dá com a expressão língua, e minorias linguísticas. Língua é utilizada como sinônimo de linguagem, querendo significar “método humano e não instintivo de comunicar ideias, sentimentos e desejos, por meio de um sistema de sons e símbolos sonoros” (HORNBY, 1974, p. 473). Daí se percebe a importância, quer para o grupo minoritário, quer para a sociedade dominante, do reconhecimento da existência de uma comunidade cujo patrimônio se distingue e é tornado especial precisamente pelo modo de comunicação de seus sentimentos, suas ideias, seus valores, etc. A língua constrói fronteiras, define marcos e limites. Ou os supera. Todas têm de ser respeitadas no que de particular têm para contribuir com a diversidade cultural.

Feitas tais considerações, serão agora analisados os critérios de identificação das minorias, que envolvem aspectos objetivos e subjetivos. O aspecto objetivo envolve a observação da realidade fática das minorias, tendo provados seus laços étnicos, culturais e linguísticos por meio de documentos históricos e testemunhos comprovadamente verídicos dos fatores característicos distintivos. Já o aspecto subjetivo envolve o reconhecimento da minoria pelo Estado, sendo importante observar que o não reconhecimento, por parte do Estado, de uma minoria, não o dispensa de respeitar os direitos do grupo minoritário em análise. Desse modo, nem membros de um grupo nem mesmo o Estado podem, discricionariamente, arbitrar se o grupo possui os fatores característicos distintivos, e se incide no conceito de minoria.

3.4 Instrumentos internacionais de proteção dos direitos das minorias étnicas, linguísticas e religiosas

Inúmeras são as Convenções Internacionais destinadas para a proteção dos Direitos Fundamentais dos homens. Talvez o elenco exaustivo desses instrumentos nem fossem necessário; poucas, mais igualmente rigorosas e fielmente cumpridas já seriam suficientes. A

seguir serão abordadas as mais importantes, que dentro de seu arcabouço trazem disposições dos direitos das Minorias, ou os que incluem ao tratar dos direitos dos homens em geral.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada sob a forma de Resolução (n.º 217-A (III)), portanto, sem força de lei, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, aprovada no dia 10 de Dezembro de 1948, por unanimidade de 48 votos e 8 abstenções, tendo o Brasil como seu signatário, consiste numa declaração de princípios básicos de direitos humanos e liberdade, em que estão elencados os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais divididos em 30 artigos, sendo que o artigo 2º, da DUDH, é que merece destaque pois trata-se dos direitos das Minorias, dispondo:

Artigo 2º - 1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Evidencia no preâmbulo desta Declaração, que os Estados-membros se comprometem promover, junto às Nações Unidas, o respeito e a observância aos direitos e liberdades especificados na Resolução, porém não houve a implementação de nenhum órgão responsável pelo monitoramento destas ações.

O lamentável contexto histórico observado principalmente durante a segunda grande guerra mundial, quando houve o extermínio em massa de membros de minorias consistente na morte de mais de 6 milhões de judeus, 600 mil ciganos e também um grande número de homossexuais, justificado pelos chamados “regimes totalitários”, foi fator de grande influência na criação pela ONU dessa convenção. A ONU, preocupada com a provável propagação dessas ideias, que bem disseminadas poderiam levar até a total extinção dessas minorias, aprovou, em 11 de Dezembro de 1948, por meio da Resolução 96 a Convenção para a Preservação e a Repreensão do Crime de Genocídio, composta por dezenove artigos, que em seu artigo 1º, declara que o genocídio é crime contra o Direito Internacional. No artigo 2º fica explicitado o que se entende por genocídio:

Artigo 2º - Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:
matar membros do grupo;
causar lesão grave à integridade física ou mental dos membros do grupo;
submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo (BRASIL, 1952).

O artigo 5º dessa Convenção estabelece as obrigações aos Estados signatários:

Artigo 5º - As Partes Contratantes assumem o compromisso de tomar, de acordo com suas respectivas constituições, as medidas legislativas necessárias a assegurar a aplicação das disposições da presente Convenção e, sobretudo, a estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio ou de qualquer dos outros atos enumerados no artigo 3º (BRASIL, 1952).

Oportuno destacar que esses “outros atos” enumerados no artigo 3º da Convenção são, além do genocídio em si, a associação de pessoas e a incitação direta e pública a cometê-lo, a tentativa e a coautoria do crime.

Essa convenção difere diametralmente da DUDH que, em seu artigo 2º, faz referência às minorias, pois não possui nenhum artigo que verse especificamente da questão. No entanto, não poderia deixar de ser citada, uma vez que todos os genocídios já registrados no mundo, a grande maioria foi cometida contra os indivíduos representantes das minorias raciais, étnicas e religiosas, tendo como o maior exemplo o anteriormente citado ocorrido durante a 2ª Guerra Mundial. Ao condenar “a submissão intencional de um grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial” (artigo 2º, alínea “c”), por exemplo, a Convenção está protegendo o direito que as minorias possuem de sobreviver mantendo sua cultura e suas tradições. A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio foi ratificada pelo Brasil em 04 de setembro de 1951, e promulgada pelo Decreto n.º 30.822 de 06 de maio de 1952.

O ressurgimento de atividades nazifascistas na Europa, o ingresso de dezessete novos países africanos na ONU e a conseqüente preocupação ocidental com o antissemitismo corroboram fortemente para que a ONU criasse a Convenção Internacional sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela resolução n.º 2.106 A (XX) em 21 de dezembro de 1965. Seu objetivo era justamente reorientar o estabelecimento de normas internacionais de Direitos Humanos, dando prioridade à erradicação do racismo. Além de instituir o Comitê sobre a eliminação da Discriminação Racial da ONU, definiu com precisão o conceito de discriminação racial:

Artigo 1º - Para os fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência

baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em iguais condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública (ONU, 1965).

Nos artigos 2º ao 7º dessa Convenção estão inseridas as obrigações impostas aos Estados, sendo que o último bem sintetiza o dever daqueles que consentiram a Convenção:

Artigo 7º - Os Estados-partes comprometem-se a tomar as medidas imediatas e eficazes, principalmente no campo do ensino, educação, cultura, e informação, para lutar contra os preconceitos que levem à discriminação racial e para promover o entendimento, a tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais e étnicos, assim como para propagar os propósitos e os princípios da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e da presente Convenção (ONU, 1965).

Ao assinarem a Convenção para Eliminação da Discriminação na Educação, aprovada em 14 de dezembro de 1960, por meio da Organização de Cultura, Ciência e Educação das Nações Unidas (UNESCO), os países signatários concordaram que:

Deve ser reconhecido aos membros das minorias nacionais o direito de exercer atividades educativas que lhe sejam próprias, inclusive a direção das escolas e o uso ou ensino de sua própria língua, desde que, entretanto:

- I) Esse direito não seja exercido de uma maneira que impeça aos membros das minorias de compreender a cultura e a língua da coletividade e de tomar parte em suas atividades ou que comprometa a soberania nacional;
- II) O nível de ensino nessas escolas não seja inferior ao nível geral prescrito ou aprovado pelas autoridades competentes;
- III) A frequência nessas escolas seja facultativa.

A *Pacem in Terris* consiste numa Carta Encíclica proposta pelo Papa João XXIII, no ano de 1963, que como as demais Cartas Encíclicas consistem em circulares que divulgam a posição da Igreja Católica sobre determinados temas, contudo, sem valor normativo. A *Pacem in Terris*, em seus itens 94 ao 97, o Papa faz referência ao tratamento que deve ser destinado às minorias, afirmando que qualquer ação cujo intuito seja prejudicar ou até exterminar grupo minoritário constitui grave injustiça, e ressalta que o contato com pessoas de outra cultura constitui precioso fator de enriquecimento intelectual e espiritual. Ele responsabiliza os Governos no sentido de promover o desenvolvimento dessas minorias, com medidas eficazes em favor da respectiva língua, cultura, tradições, recursos e empreendimentos econômicos. O Papa João XXIII também se dirige aos representantes das minorias, ao pregar que estas não se

isolem da população majoritária do país, participando de seus costumes e tradições e evitando o semeio de divergências.

A Resolução 2.200 – A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, que passou a vigorar somente após dez anos de sua promulgação, em razão do número mínimo de ratificações para tanto, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, consiste em um tratado internacional que juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, possui o objetivo de tornar juridicamente obrigatório e vinculante tudo aquilo estabelecido anteriormente na DUDH. Contudo, estes tratados não restringiam-se ao âmbito da Declaração: o primeiro impôs novos direitos e garantias até então não previstas, como o direito à autodeterminação, a proibição da propaganda de guerra ou de incitamento à intolerância étnica ou racial e, figurando como o mais importante para essa dissertação o seu artigo 27, que estabelece sobre a proteção dos direitos de minorias à identidade cultural, religiosa e linguística. Seguem alguns trechos dos artigos onde estão relacionados os referidos temas:

Artigo 1º - 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Artigo 20 – 1. Será proibida por lei qualquer propaganda em favor da guerra.
2. Será proibida por lei qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência.

Artigo 27 – Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua

Houve algumas confusões acerca dos artigos 1º e 21º, especialmente argumentos que a autodeterminação prevista no artigo 1º corresponderia aos direitos defendidos no 27º. No entanto, após uma análise mais precisa dos referidos textos o problema foi resolvido, ficando estabelecido que a autodeterminação citada no primeiro se refere a todos os povos, sejam eles minoritários ou não, enquanto aqueles direitos citados no vigésimo sétimo restringiam-se aos legítimos representantes de minorias.

O artigo 20 apresenta as proibições que representam num mínimo de conduta que todos devem seguir para evitar um aumento do crescimento de discriminação relativa aos representantes das minorias, que podem terminar numa hostilização violenta capaz de levar à

extinção destas. Em contrapartida, os direitos instituídos pelo artigo 27 objetivam a manutenção da sobrevivência e do contínuo desenvolvimento da identidade natural, religiosa e social de cada minoria, pois a negação a esses direitos redundaria à uma miscigenação, de certa forma, com os representantes da chamada “maioria” e que também levaria ao desaparecimento da minoria.

Merece destaque o artigo 26 desse Pacto que preconiza o ideal de igualdade já previsto anteriormente na DUDH:

Artigo 26 - Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

O artigo 2º desse Pacto, em seus itens 1 e 2 estabelece as obrigações propostas aos Estados signatários:

Artigo 2º - 1. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados-partes comprometem-se a tomar as providências necessárias, com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU é o principal órgão de monitoramento do Pacto. Os Estados-membros devem apresentar a esse órgão relatórios sobre as medidas legislativas, administrativas e judiciárias implementadas, visando maior proteção aos Direitos Humanos. O artigo 40, número 1, do Pacto, prescreve estas obrigações:

Artigo 40 – 1. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a submeter relatórios sobre as medidas por eles adotadas para tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto e sobre o progresso alcançado no gozo desses direitos: dentro do prazo de um ano, a contar do início da vigência do presente Pacto nos Estados-partes interessados; a partir de então, sempre que o Comitê vier a solicitar.

A Declaração dos Direitos das Pessoas pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU, por meio da Resolução 47/137, de 18 de dezembro de 1992. A motivação de sua aprovação se deveu à preocupação com a situação atual e futura das minorias, mais visíveis apenas de algumas décadas para hoje. O documento é composto por nove artigos dedicados, exclusivamente, a explicitar os direitos estabelecidos no artigo 27, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, tratado anteriormente. Em razão de não se constituir num Tratado, essa Declaração não possui caráter obrigatório nem força vinculante, bem como não estabelece órgão de monitoramento para os Estados que a desrespeitem seu texto. Embora esta Declaração não possua valoração normativa vinculante, ele insiste em reforçar o respeito a direitos que possuem esta força normativa por se encontrarem presentes em tratados. A seguir, apresenta-se o item 1, do artigo 2º, que revela intensa relação com o artigo 27º do Pacto dos Direitos Civis e Políticos:

Artigo 2º - 1. Pessoas pertencentes a minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas têm o direito de desfrutar de sua própria cultura, de professar e praticar sua própria religião, de fazer uso de seu idioma próprio, em ambientes privados ou públicos, livremente e sem interferência de nenhuma forma de discriminação.

Também, merece destaque o item 1º, do artigo 8º, e o artigo 9º, que embora de caráter não-obrigatório da Declaração, não suspendem às Nações o dever de respeitá-la:

Artigo 8º - 1. Nada nesta Declaração prevê o cumprimento de obrigações internacionais de Estados em relação a representantes de minorias. Em particular, os Estados devem cumprir de boa-fé as obrigações e compromissos assumidos, referentes a tratados e acordos internacionais dos quais participem.

Artigo 9º - As agências especializadas e outras organizações do sistema das Nações Unidas devem contribuir para a ampliação dos direitos e princípios estabelecidos nesta Declaração, dentro de seus respectivos campos de competência.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também reconhecida como Pacto de São José da Costa Rica, possui caráter regional, referindo-se apenas aos países que fazem parte da OEA – Organização dos Estados Americanos. Seu texto é composto por 82 artigos, sendo que parte deles reconhecem os direitos já previstos no Pacto dos Direitos Civis e Políticos, tais como o direito à liberdade de expressão, ao pensamento, à opinião e à religião, à igualdade perante a lei, à proteção judicial, etc. Esse Pacto não traz enumerado

expressamente nenhum direito social, econômico ou cultural, ficando adstrito às determinações das obrigações dos Estados membros, tal como descritas no artigo 26:

Artigo 26 – Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Os artigos 1º e 2º do Pacto trazem outros deveres impostos aos Estados signatários:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social".

2. Para efeitos dessa Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições no sentido interno se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

O Pacto de São José da Costa Rica possui um órgão eficaz de monitoria, a comissão Interamericana de Direitos Humanos, à qual compete promover a observância e o respeito aos direitos humanos dos países signatários da Convenção, exigindo relatórios anuais, estudos e pesquisas realizados juntos aos governos dos Estados membros. Estes Estados aceitam a autoridade da Comissão no momento da assinatura do Pacto. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos também é responsável pela análise das denúncias, que podem ser enviadas mediante petições por pessoas físicas ou jurídicas. É formada por sete membros, eleitos pela Assembléia Geral da OEA para um mandato de quatro anos.

Não pode deixar de ser destacada a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que desempenha uma função de última instância da Convenção, consistindo num órgão jurisdicional, formado por sete juízes, aos quais são dirigidos os casos de violação de direitos ditos “mais graves”; quando essa Comissão não consegue solucioná-los mediante acordos consensuais, estes casos são encaminhados à Corte, cujas decisões possuem força jurídica vinculante e obrigatória.

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em São José da Costa Rica, em 22 de Novembro de 1969, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

3.5 Minorias étnicas, linguísticas e religiosas nas constituições brasileiras

Este capítulo propõe evidenciar um panorama geral da situação das minorias frente às diversas constituições brasileiras que não fazem mais parte de nosso direito positivo, visando facilitar, a posterior, análise das disposições constitucionais presentes na carta magna atual no tocante à proteção das minorias e os reflexos que esta recebeu dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Como reflexo da Independência do Brasil foi promulgada a Constituição de 1824. Esta constituição é vista por muitos como uma obra da elite, fora dos padrões do processo de independência da América Latina, constituída, nas maiorias das vezes, por meio de lutas populares. A partir dessa constituição é que se torna clara como uma Constituição pode garantir liberdade e igualdade de todos perante à lei e continua admitindo a escravidão.

Durante sua vigência, o relacionamento existente entre a Igreja e o Estado era baseado no regime de padroado, que colocava os ministros da Igreja sob o controle político do Estado. A religião predominante e oficial era a Católica Apostólica Romana; os cultos particulares a outras religiões eram permitidos; os públicos, completamente vedados, conforme preceituava o artigo 5º da referida carta constitucional.

O voto era censitário, e, mesmo para os eleitores, existia restrições. Os libertos, os estrangeiros naturalizados e os que não professassem a religião oficial não podiam ser nomeados como deputados, a teor do artigo 95 dessa constituição.

Sua promulgação foi o reflexo da abolição dos escravos em 1888 e a Proclamação da República, em 1889. A constituição de 1891 veio coroar esse período de mudança com o estabelecimento da liberdade religiosa que, até então, não era permitida pelas cartas constitucionais anteriores e a proibição de qualquer diferença em razão do credo.

A Constituição de 1934 foi promulgada após o período da Revolução de 1930, dando início ao governo Constitucional de Getúlio Vargas.

O artigo 121, parágrafo 4º, dessa constituição, preceituava a preferência do trabalhador nacional na colonização das terras públicas, preferência que foi mantida na futura constituição de 1946.

O parágrafo 6º, deste mesmo artigo constitucional, versava sobre a entrada de imigrantes no território nacional, sujeita a um limite, ou seja, a corrente imigratória de cada país não poderia exceder ao limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos, limite anual esse mantido na Constituição de 1937.

A vedação da concentração de imigrantes no território nacional, quanto à localização e assimilação do estrangeiro estava prevista no parágrafo 7º do mesmo artigo. O artigo 150 da constituição tratava sobre o ensino primário gratuito e obrigatório, em idioma pátrio, salvo ensino de língua estrangeira.

A Constituição de 1937 foi aquela imposta pelo governo de Getúlio Vargas para regular a fase ditatorial de seu governo compreendido entre 1937 e 1945, dando início ao Estado Novo.

No artigo 122 do texto constitucional era prevista a garantia de liberdade religiosa de crença e culto, mas quanto à liberdade de expressão e de imprensa, algumas restrições eram verificadas, por exemplo, os estrangeiros não podiam ser diretores, proprietários ou acionistas de jornais. Esta vedação foi mantida nos textos constitucionais de 1946 e 1967.

O ensino religioso não obrigatório foi tratado no artigo 133 da carta constitucional e mantida nas próximas constituições.

Por meio do artigo 150, os estrangeiros naturalizados só podiam exercer profissões liberais se tivessem prestado serviço militar no Brasil.

A chamada Constituição de Redemocratização, depois do Estado Novo. Manteve a liberdade religiosa e o ensino religioso não obrigatório, contudo, trouxe algumas limitações, por exemplo, os analfabetos e os que não soubessem se exprimir na língua nacional não podiam se alistar como eleitores, conforme preceituava o artigo 132 do texto constitucional.

Enquanto o artigo 166 determinava que a educação era um direito de todos, diametralmente oposto, o artigo 168 traz que o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional, ficando evidente a exclusão das minorias linguísticas do direito ao ensino primário gratuito.

A Constituição de 1967, vigente no período militar, não trouxe nenhuma inovação em relação aos direitos das minorias. Manteve algumas prescrições estabelecidas nas constituições anteriores, tais como o direito a liberdade religiosa de crença e culto, ensino primário obrigatório em língua nacional, restrições aos eleitores da CF de 1946, entre outras.

As análises propostas das medidas de proteção aos direitos das minorias, inseridas nos textos constitucionais de 1824 até 1967, dão conta que existe uma grande lacuna em

relação a esses direitos. Nenhuma das constituições analisadas trouxeram avanços significantes na regulamentação dos direitos grupos minoritários enquanto objetivamente considerados, a guiar-nos o fato de que não há, em nenhuma delas, referência à proteção das minorias em si, à promoção de sua expressão cultural como grupo presente e atuante na sociedade brasileira.

3.6 O impacto dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais na Constituição de 1988

Ante a falta de justificação que o direito internacional e o direito constitucional sejam aportados de forma estanque e compartimentada, como sempre foi no passado, e de que as grandes transformações ocorridas nos âmbitos dos Estados causam repercussão direta no plano internacional, não deixam dúvidas sobre a nova realidade estabelecida e que provocam mudança da evolução interna e no ordenamento constitucionais dos Estados afetados.

A partir dessas considerações, os debates cada vez mais calorosos acerca da órbita dos direitos humanos têm levado a um novo constitucionalismo, um constitucionalismo aberto a novas tendências divulgadas pelo Direito Internacional.

Nessa seara, o artigo 5º, parágrafo 2º, da atual Constituição Federal de 1988, prescreve que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Vislumbra-se, no preâmbulo da carta constitucional, a clara necessidade da instituição de “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, disposição esta reiterada no artigo 1º, inciso III, que destaca como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana; bem como no artigo 3º, inciso IV, que assinala como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, “sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Os artigos que versam sobre os direitos das minorias em seu aspecto geral são fundamentalmente os de números 215 e 216, Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo III, (Da Educação, da Cultura e do Desporto), Seção II (Da Cultura), a saber:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Parágrafo 1º: O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Parágrafo 2º: A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Art. 216: Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

É de se observar que a cultura nacional de que trata o artigo 215 refere-se, não apenas à cultura das maiorias populacionais, é antes de mais nada, constituída pela contribuição de todos os grupos, inclusive, daqueles denominados minoritários dentro do processo de formação da sociedade brasileira. Desta feita, a carta constitucional invalidou qualquer tentativa de sobreposição das culturas, ademais, colocou a proteção à manifestação das diferentes culturas como um dever do Estado.

As manifestações culturais são entendidas como bens materiais e imateriais conforme determinação do artigo 216 e são colocadas como patrimônio cultural brasileiro, nas quais são incluídas todas as forma de expressão, os modos de criação, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas. Entre as formas de expressão, merecem destaque a linguagem de um grupo, de importante papel, representando muitas vezes como o elemento fundamental e identidade entre seus membros.

O artigo 216 da Constituição Federal de 1988 visa justamente garantir essa identidade, devendo ser incluída dentro desta proteção da identidade a promoção da ação e memória do grupo minoritário. O processo de formação da identidade deve consistir num fenômeno dinâmico, sujeito a ação política do grupo, mediante suas decisões e de sua interação com o restante da sociedade, exigindo o cumprimento dos seus direitos. É justamente neste sentido que reside a necessidade da proteção da memória do grupo, como fator impulsionador da identidade cultural e tendo papel preponderante na consequente ação política das minorias.

Merece destaque a importância dos incisos VI e VIII, do artigo 5º, da atual carta constitucional brasileira que dispõem:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.²⁷

Outro destaque é a prescrição do parágrafo 2º, do artigo 210, da CF de 1988, que com relação aos índios assegura além do ensino ministrado em língua portuguesa, “a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”. Outro artigo de grande importância para esses grupos é o caput do 231 que estabelece:

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

A intervenção do Ministério Público na defesa dos direitos e interesses dos índios é determinada no artigo 232.

Para finalizar, é impossível não concluir este capítulo com as palavras de Trindade (2014, p. 184), que com grande maestria leciona:

É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

Reforçando a natureza constitucional dos direitos proclamados em tratados e acordos internacionais, acrescenta-se a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, prevista explicitamente no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos previstos nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Mesmo que tais direitos não estejam previstos sob forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados

²⁷ A Constituição ainda prevê a isenção de atividades de caráter essencialmente militar por alegação de imperativo de consciência, “entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política.” (ver artigo 143, parágrafo 1º da Constituição de 1988)

internacionais, a Constituição confere-lhes o valor jurídico de norma constitucional, pois complementam o rol de direitos fundamentais do ordenamento constitucional.

Neste diapasão, é possível afirmar que os direitos internacionais interagem com o denominado bloco de constitucionalidade, densificando a norma constitucional do parágrafo 2º do artigo 5º da CF/88, tida como cláusula constitucional de caráter aberto. Destaca-se que, ao estipular diretrizes e linhas básicas, revela-se a incompletude da Constituição, que, por sua vez, aponta à sua abertura, possibilitando a flexibilidade necessária ao contínuo aperfeiçoamento político.

3.7 Normas infraconstitucionais de proteção das minorias

Foi celebrada no ano de 1951 a Lei Afonso Arinos que considerava crime a recusa no atendimento a clientes, freguês ou estudantes em estabelecimento comercial hoteleiro ou educacional, em razão de preconceito de cor ou de raça. Posteriormente, em 1989 foi promulgada a citada Lei nº 7.716 que vigora até os dias atuais, passando por pequenas alterações pela Lei n.º 8.081 de 1990 e pela Lei n.º 9.459 de 1997. Referida norma legal prevê punições para os crimes decorrentes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. São objetos de punição as práticas consistentes em impedir acesso a cargo público, em negar emprego em empresa privada, em recusar aluno em escola pública ou privada, em impedir acesso a transportes públicos, em impedir ou em obstar por qualquer meio ou forma o casamento ou convivência social, motivada da discriminação ou preconceito em virtude dos elementos anteriormente citados. Prevê, também, a punição à incitação à discriminação ou ao preconceito, bem como a sua divulgação por meios de comunicação. Essa lei é composta por 22 artigos dos quais 4 foram vetados.

Outra lei que merece destaque é a Lei n.º 2.889/56, que trata sobre a prevenção ao genocídio, especialmente o artigo primeiro e seus incisos do texto legislativo composto por 7 artigos no total, que assim prescreve:

- Art. 1º - Quem, com intenção de destruir no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:
- a) Matar membros do grupo;
 - b) Causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
 - c) Submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
 - d) Adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
 - e) Efetuar a transferência forçada de crianças de um grupo para outro grupo.
- Será punido:

Com as penas do art. 121, § 2, do Código Penal, no caso da letra a;
Com as penas do art. 129, § 2, no caso da letra b;
Com as penas do art. 270, no caso da letra c;
Com as penas do art. 125, no caso da letra d;
Com as penas do art. 148, no caso da letra e.”

Esta lei protege coletivamente as etnias em seu direito à existência, o que redundaria dizer que tutela não apenas a vida, mas também a subsistência e sua reprodução física e cultural.

3.8 Outras considerações sobre os direitos das minorias no Brasil

Com exceção as leis referentes aos índios, negros e estrangeiros, a legislação brasileira padece de leis de proteção referentes à minorias étnicas, linguísticas e religiosas. Não há no Brasil leis específicas sobre os demais grupos minoritários, tais como os judeus e os ciganos ou qualquer outro grupo minoritário que seja objeto de hostilização por parte de uma maioria. Destaca-se, ainda, que no arcabouço legislativo brasileiro são tratados objetivamente como minorias tão somente os índios, enquanto os outros grupos, incluindo-se nesses negros e estrangeiros, são tratados sem levar em conta o próprio conceito de minoria, tanto no aspecto sociológico (quantitativo), como no aspecto antropológico (qualitativo); o que redundaria em dizer que são prejudiciais à defesa dos interesses dos mesmos como grupos minoritários que, de fato, são.

O artigo 232 da atual Constituição de 1988, conforme discutido, prevê a possibilidade do Ministério Público Federal intervir na defesa dos direitos e interesses dos indígenas, contudo, é silente no tocante a esta atribuição em relação aos demais grupos minoritários.

Somente com a promulgação em 1993 da Lei Complementar 75, que as minorias étnicas, como as comunidades negras isoladas, denominadas de quilombolas, e também os ciganos, foram abrangidas sob a tutela do Ministério Público Federal.

Nesse sentido, o artigo 218, I, da CF/88, também afirma que: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório brasileiro”.

Pelas citações legislativas até aqui abordadas, mostra-se tarefa fácil, verificar que os grupos indígenas e menos frequentemente os grupos afro-brasileiros sempre aparecem em primeiro plano, enquanto os demais grupos denominados minoritários permanecem num

segundo plano. A razão para esta situação parece justificada visto que os primeiros possuem uma maior participação numérica no processo de formação nacional, contudo, esta diferenciação dificulta em muito a defesa dos diretos interesses desses últimos, o que é demonstrado, exemplificativamente, a existência de uma legislação específica para os índios, ou seja, a Lei n.º 6.001/73, denominada de Estatuto do Índio e conta com um órgão governamental conhecida como Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o que não ocorre com os demais grupos minoritários.

O Brasil, ao assinar o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, concedeu-lhe o status de norma constitucional. Desta forma, independente de ter ou não uma legislação específica sobre as minorias estampadas no artigo 27 do referido Pacto anteriormente transcrito, assumiu o compromisso juridicamente vinculante de cumprir as determinações daquele tratado.

Por meio de um relatório periódico enviado pelo Brasil ao Comitê de Direitos Humanos, encarregado pela supervisão dos itens estabelecidos no Pacto dos Direitos Civis e Políticos, é reportado sobre a situação dos Direitos Civis e Políticos interna, abordando todos os 27 artigos do pacto, inclusive, no tocante àqueles direitos destinados às minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, bem como as providencias tomadas pelo governo em defesa e implementação das mesmas. Neste relatório, mais uma vez é observada a prevalência de citações referentes aos indígenas, as vezes sobre afro-brasileiros e raríssimas vezes sobre os demais grupos minoritários.

No tocante ao crime de genocídio, ponto essencial de análise em razão de serem as minorias frequentemente alvos de tal crime, o Código Penal Militar estabelece em seu artigo 208 a pena de reclusão de 15 a 30 anos a quem “matar membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou pertencente a uma determinada raça, com o fim de destruição total ou parcial deste grupo”. Prevê, ainda, pena de 4 a 15 anos para casos similares. Além disso, a Lei n.º 2.889, de 01 de outubro de 1956 define e pune o crime de genocídio, indicando as penas do Código Penal a serem aplicadas a cada qualificação do crime.

O Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) é um programa do Governo Federal do Brasil, e foi criado com base no artigo 84, inciso IV, da Constituição, pelo Decreto n.º 1904 de 13 de maio de 1996, “contendo diagnóstico da situação desses direitos no País e medidas para a sua defesa e promoção, na forma do Anexo deste Decreto”. Existem três versões do PNDH. As versões I e II foram publicadas durante o governo Fernando Henrique Cardoso, e a última, ou PNDH III, foi publicada no final de 2009, no governo Lula, e sugere: “medidas para tornar a Justiça mais eficiente, de modo a assegurar mais efetivo acesso da

população ao Judiciário e o combate à impunidade”. Nota-se que são tratados especificamente nesse documento a População Negra, as Sociedades Indígenas e os Estrangeiros, Refugiados e Migrantes Brasileiros, não havendo previsões específicas sobre os demais grupos minoritários. Sobre as minorias como um todo, há apenas uma breve citação no Prefácio.

Não obstante as metas estabelecidas no PNDH, as ações concretas referentes ao direito das minorias ainda está muito distante de assegurar a implementação dos direitos estabelecidas na legislação. Esses direitos são frequentemente desrespeitados, muitas vezes por representantes do próprio Estado que, em sua maioria, insiste em preservar sua aparência de respeitador destes direitos fundamentais e procura evitar o conhecimento público de suas omissões e atitudes prejudiciais para com as minorias.

Oportuno salientar o papel da imprensa e das Organizações Não-Governamentais (ONGs) na luta pelos direitos das minorias, monitorando e denunciando as violações a esses direitos, bem como auxiliando o Ministério Público na difícil tarefa de fiscalizar todo um país de dimensões continentais onde as violações são tão frequentes.

A situação de monitoramento e divulgação dos direitos da minorias, há algumas décadas, era bem mais difícil que a atual, uma vez que inexistiam as ONG's e a imprensa era muito censurada, especialmente no período do militarismo, que a propósito desencadeou o surgimento das ONG's.

É notória a importância da mídia e das ONG's na conscientização da população sobre seus direitos e instigá-la a lutar pelos mesmos, denunciando, recorrendo à Justiça e não aceitando passivamente a impunidade. Assim, hoje se tem uma população muito mais ativa e participativa sob todos os aspectos; fruto do trabalho daquelas instituições que mostram a árdua realidade dos grupos minoritários, comparando-a a situações semelhantes em outros países e apontando soluções aos problemas mais comumente enfrentados por aqueles grupos.

3.9 Proteção das minorias da perspectiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, como reivindicações morais, nascem quando devem e podem nascer. Como realça Arendt (1979, p. 509), os direitos fundamentais não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução. Neste mesmo sentido, merece destaque a lição de Sachs (1998, p. 156):

Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas,

em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos.

Os direitos fundamentais compõem um conjunto axiológico, fruto da história da humanidade, passada e presente, consubstanciado em uma dimensão simbólica de luta e de ação social. Realçam, mormente, a esperança de um horizonte moral, regulado pelo enredo da inclusão, espelhando a plataforma emancipatória de nosso tempo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inovou completamente a evolução dos direitos fundamentais trazendo a denominada concepção contemporânea de direitos fundamentais, balizada pela universalidade que protesta pela extensão universal desses direitos, acreditando que a condição de pessoa é requisito único para a titularidade de direitos, tendo o ser humano como essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade e pela indivisibilidade, uma vez que o rol dos direitos civis e políticos é conjugado ao rol dos direitos sociais, culturais e econômicos. Portando a DUDH de 1948 combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, ao mesmo tempo, imbrica o valor da liberdade e da igualdade.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é decorrente da Declaração de 1948, desenvolvendo-se a partir da adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção, baseados em valores e unidade valorativa a esse campo do Direito, com realce na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais extraídos da DUDH de 1948.

O sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais formado a partir do processo de universalização desses direitos é constituído por tratados internacionais de proteção que elucubram, especialmente, a consciência ética contemporânea partilhada pelos Estados, na medida em que clamam o consenso internacional sobre os temas principais dos direitos fundamentais, estabelecendo parâmetros mínimos de proteção.

Paralelamente ao sistema normativo global, emergem os sistemas regionais de proteção, buscando a internacionalização dos direitos fundamentais em um plano regional, especialmente na Europa, África e América, consolidando, desta forma, a convivência do sistema global da Organização das Nações Unidas (ONU) por meio de instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado com o sistema europeu, africano e americano de proteção dos direitos fundamentais.

O sistema normativo e o sistema regional complementam-se, pois ambos são inspirados nos valores e princípios da Declaração de 1948, compondo o espírito dos

instrumentos de proteção dos direitos fundamentais no plano internacional. Os diversos sistemas de proteção dos direitos fundamentais se interagem a favor dos indivíduos protegidos. Esses sistemas arraigados na primazia da pessoa humana proporcionam maior efetividade possível na tutela e promoção dos direitos fundamentais.

A primeira fase de proteção dos direitos fundamentais é marcada pela predominância da proteção geral diante do temor da diferença que no nazismo foi orientada para o extermínio com base da igualdade formal.

Mostrou-se insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, fazendo-se necessário a especificação do sujeito titular do direito, passando a ser visto em sua particularidade e peculiaridade, em face de sua própria vulnerabilidade. Assim, alguns sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. A diferença não é mais utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao contrário, para sua promoção e efetividade.

Nesta ótica, por exemplo, a população afrodescendente, as mulheres, as crianças, os idosos e demais grupos devem ser vistos nas suas especificidades e particularidades de sua condição social. Nasce, ao lado do direito, a igualdade, o direito à diferença, também como um direito fundamental, passando a importar o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

Evidencia-se três vertentes no tocante à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, abreviada pela expressão “todos são iguais perante a lei”, que ao seu tempo teve grande relevância na abolição de privilégios; b) igualdade material, que corresponde ao ideal de justiça social e distributiva; e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, raça, idade, etnia, língua, religião e demais critérios).

Para a autora Fraser (2000, p. 55-56), a justiça demanda simultaneamente redistribuição e reconhecimento:

O reconhecimento não pode reduzir-se à distribuição, porque o *status* na sociedade não decorre simplesmente em razão da classe. Tomemos o exemplo de um banqueiro afro-americano de Wall Street, que não pode conseguir um táxi. Neste caso, a injustiça da falta de reconhecimento tem pouco a ver com a má distribuição. [...] Reciprocamente, a distribuição não pode reduzir-se ao reconhecimento, porque o acesso aos recursos não decorre simplesmente em razão de status. Tomemos, como exemplo, um trabalhador industrial especializado, que fica desempregado em virtude do fechamento da fábrica em que trabalha, em vista de uma fusão corporativa especulativa. Nesse caso, a injustiça da má distribuição tem pouco a ver com a falta de reconhecimento. [...] Proponho desenvolver o que chamo

concepção bidimensional da justiça. Essa concepção trata da redistribuição e do reconhecimento como perspectivas e dimensões distintas da justiça. Sem reduzir uma a outra, abarca ambas em algo mais amplo.

É de suma importância a observação do caráter bidimensional da justiça consubstanciado na redistribuição somada ao reconhecimento. No mesmo sentido, Santos (2003, p. 56) sustenta pela necessidade de uma igualdade de reconhecimento e redistribuição, acrescentando que:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Dentro deste cenário as Nações Unidas, em 1965, aprovou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, tendo o Brasil como signatário desde 1968, que refuta toda a forma de discriminação racial e adiciona a urgência de adotar-se todas as medidas necessárias para a eliminação da discriminação racial em todas as suas formas e manifestação e para prevenir e combater doutrinas e práticas racistas.

Ressalta-se que discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição, ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo, ou seja, discriminação é sempre desigualdade. A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher aprovada pela ONU, em 1979, adotou esta mesma técnica.

A discriminação ocorre quando somos tratados como iguais em situações diferentes, e como diferentes em situações iguais.

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, duas estratégias são adotadas para o enfrentamento da discriminação: a) repressiva punitiva, que tem como escopo punir, proibir e eliminar a discriminação; b) promocional, que tem por objetivo promover, fomentar a avançar a igualdade. Na primeira estratégia, há urgência de se erradicar todas as formas de discriminação, sendo medida fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, e ainda, os direitos sociais, econômicos e culturais.

O combate à discriminação é medida insuficiente, necessitando conjugar esta estratégia repressiva punitiva com a estratégia promocional, por meio de políticas compensatórias que agilizem a igualdade enquanto processo. Não basta proibir a

discriminação, são necessárias medidas promocionais aptas a estimular a inserção e a inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que foram e são vitimados pela discriminação.

Nesta perspectiva, as ações afirmativas, se mostram como verdadeiros e poderosos instrumento de inclusão social. São medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, tem como escopo abreviar o processo como o alcance da igualdade material e substancial por partes dos grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais e as mulheres, entre outros grupos.

As ações afirmativas, como políticas compensatórias adotadas para diminuir ou eliminar as condições resultantes de um passado discriminatório, desempenham uma função pública decisiva para o plano democrático, pois asseguram a diversidade e a pluralidade social. São medidas efetivas que viabilizam o direito à igualdade, consubstanciada na igualdade modelada no respeito à diferença e à diversidade. Mediante as ações afirmativas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.

Por essas razões, tanto a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial como a Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher preveem a possibilidade jurídica do uso das ações afirmativas mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, proporcionando sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais e a igualação entre homens e mulheres. Por serem medidas temporárias cessarão quando alcançado o seu objetivo. São, portanto, medidas compensatória para remediar as desigualdades históricas, amenizando o passado discriminatório sofrido pelos grupos desprestigiados.

Dentro do cenário brasileiro, merece destaque a Convenção Americana de Direitos Humanos, que foi adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, possui caráter regional, referindo-se apenas aos países que fazem parte da Organização dos Estados Americanos. Seu texto é composto por 82 artigos, sendo que parte deles reconhecem os direitos já previstos no Pacto dos Direitos Civis e Políticos tais como o direito à liberdade de expressão, pensamento, opinião e religião, à igualdade perante a lei, à proteção judicial, etc. Esta Convenção possui um órgão eficaz de monitoria, a comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual compete promover a observância e o respeito aos direitos humanos dos países signatários da Convenção, exigindo

relatórios anuais, estudos e pesquisas realizados juntos aos governos dos Estados membros. Estes Estados aceitam a autoridade da Comissão no momento da assinatura do Pacto. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos também é responsável pela análise das denúncias, que podem ser enviadas através de petições por pessoas físicas ou jurídicas. É formada por sete membros, eleitos pela Assembléia Geral da OEA para um mandato de quatro anos.

Não pode deixar de ser destacada a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que desempenha uma função de última instância da Convenção, consistindo num órgão jurisdicional, formado por sete juizes, aos quais são dirigidos os casos de violação de direitos ditos “mais graves”; quando essa Comissão não consegue solucioná-los mediante acordos consensuais, estes casos são encaminhados à Corte, cujas decisões possuem força jurídica vinculante e obrigatória.

No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece importantes dispositivos que demarcam a busca da igualdade material, que transcende a igualdade formal. A título de registro, destaca-se o artigo 5º, parágrafo 2º, que prevê que os direitos e garantias expressos na carta constitucional não afastam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais que o Brasil seja signatário. No próprio preâmbulo da Constituição vislumbra-se a necessidade de “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, disposição que é reiterada no artigo 1º, III, que destaca como fundamento da República do Brasil a dignidade da pessoa humana; bem como no artigo 3º, inciso IV, que assinala como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, “sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Os artigos que versam sobre os direitos das minorias em seu aspecto geral são fundamentalmente os de números 215 e 216. É de se observar que a cultura nacional de que trata o artigo 215 refere-se, não apenas a cultura das maiorias populacionais, é antes de mais nada, constituída pela contribuição de todos os grupos, inclusive daqueles denominados minoritários dentro do processo de formação da sociedade brasileira, invalidando qualquer tentativa de sobreposição das culturas, ademais, colocou a proteção à manifestação das diferentes culturas como um dever do Estado. As manifestações culturais são entendidas como bens materiais e imateriais conforme determinação do artigo 216 e são colocadas como patrimônio cultural brasileiro, nas quais são incluídas todas as formas de expressão, os modos

de criação, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas. Entre as formas de expressão, merecem destaque a linguagem de um grupo, de importante papel, representando muitas vezes como o elemento fundamental e identidade entre seus membros, visando justamente garantir identidade, devendo ser incluída dentro desta proteção da identidade a promoção da ação e memória do grupo minoritário. O processo de formação da identidade deve consistir num fenômeno dinâmico, sujeito a ação política do grupo, através de suas decisões e de sua interação com o restante da sociedade, exigindo o cumprimento dos seus direitos. É justamente neste sentido que reside a necessidade da proteção da memória do grupo, como fator impulsionador da identidade cultural e tendo papel preponderante na consequente ação política das minorias.

Merece destaque a importância dos incisos VI e VIII do artigo 5º da atual carta constitucional brasileira, que asseguram a liberdade de consciência e de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, exceto se as invoca-las para eximir de obrigação legal a todos impostas e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

O parágrafo 2º, do artigo 210, da CF de 1988, com relação aos índios assegura além do ensino ministrado em língua portuguesa, “a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”. O *caput* do artigo 231, destinado ao mesmo grupo, reconhece sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. A intervenção do Ministério Público na defesa dos direitos e interesses dos índios é determinada no artigo 232.

Mostra-se estimulante que as conquistas dos direitos fundamentais no plano do direito internacional destinados a proteção do ser humano tenham se projetados no direito constitucional do Brasil e diversos outros Estados, enriquecendo-os, e demonstrando que a incessante busca da eficácia da proteção da pessoa humana assenta-se nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. Contudo, é necessário, ainda, reconhecer que a complexa realidade brasileira traduz um alarmante quadro de exclusão social e discriminação como termos interligados a compor um ciclo vicioso em que a exclusão implica discriminação e a discriminação implica exclusão. A superação da distância entre o Brasil normativo – abstrato – e o Brasil real – concreto – é o grande desafio que a Nação enfrenta.

Nesse cenário é que as ações afirmativas aparecem como medida urgente e necessária. Elas encontram respaldo jurídico constitucional quando esta assegura a igualdade

material, prevendo-as para os grupos socialmente vulneráveis, bem como nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A experiência no Direito Comparado, especialmente pelo modelo estadunidense, comprova que as ações afirmativas proporcionam maior igualdade, na medida em que asseguram maior possibilidade de participação dos grupos sociais denominados vulneráveis, tanto nas instituições públicas como nas privadas. Essas ações são importantes medidas para a implementação do direito à igualdade material e substancial. A adoção das ações afirmativas que promovam medidas compensatórias destinadas à concretização da igualdade para as minorias étnicas, culturais e religiosas são medidas de urgência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado neste trabalho de dissertação teve como objetivo trazer a discussão sobre a temática das ações afirmativas, destacando sua importância como verdadeiros instrumentos de políticas públicas contra discriminações e inclusão social por aqueles grupos denominados minorias étnicas, linguísticas e religiosas que sempre foram desprestigiados ao longo da história mundial.

O conceito de direitos fundamentais, que são alicerces do Estado, pois preceituam ao mesmo tempo a finalidade de uma sociedade e os direitos de seus cidadãos, visando a dignidade intrínseca do homem, sofreu ao longo da história várias modificações, o que torna atualmente difícil de delimitá-lo precisamente.

Esses direitos eram, inicialmente, concessões espontâneas dos monarcas mais justos; após, passaram a ser compreendidos como conquistas das elites, do alto clero contra o monarca; num outro momento, eles são compreendidos como uma conquista de uma classe emergente titular do poder econômico e do poder político, como ocorreu mais significativamente na Revolução Francesa, de 1789, com a burguesia; num outro momento, são conquistas de classes dominadas e desprovidas de poder que passam a lutar por ele por meio de pressões sobre os donos do poder, obtendo os direitos sociais, econômicos e culturais e, finalmente, os direitos fundamentais, após se internacionalizarem, passam a receber uma proteção supranacional e alguns deles são impostos pela comunidade internacional como na repressão à escravidão, ao genocídio, à tortura, às discriminações e mais recente na defesa das práticas democráticas, da paz, do meio ambiente e do desenvolvimento.

Verificou-se que o Estado social contemporâneo exige um Estado ativo, atuante e transformador, diversamente da passividade estatal inerente ao modelo do Estado liberal clássico. O Estado deve estar sempre comprometido com a realização efetiva dos direitos fundamentais, visando a redução das desigualdades sociais e com a promoção do bem de todos indistintamente. É necessário que o Estado cumpra o seu dever de agir neste sentido, gerando pressupostos fáticos e jurídicos que se façam necessários para este fim.

Os direitos fundamentais surgiram em períodos distintos, de acordo com a demanda de cada época e de cada sociedade, tendo esta consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais, o que deu origem à classificação em dimensões que, por suas vezes, não extirparam as dimensões anteriores e vice-versa, todos eles coexistem. Os direitos fundamentais de primeira dimensão reportam à liberdade, constituindo-se pelos direitos civis

e políticos, de caráter negativo, exigindo uma abstenção do seu destinatário Estado; os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, de titularidade coletiva, de caráter positivo, exigindo atuações do Estado; os de terceira dimensão são ligados aos valores de fraternidade ou solidariedade, relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade; e os direitos de quarta dimensão, advindos da globalização política, compreendem os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Enquanto alguns direitos são modificados, outros surgem oriundos dos novos estilos das relações humanas, que se atualizam constantemente os seus hábitos convencionais e do estilo inovador de lidar com a vida. Diante de tais transformações, é possível perceber que os direitos ligados à privacidade avançaram mais pelo aumento gradativo do seu campo de aplicação nos dias atuais.

Contudo, o que interessa, efetivamente, para além dos argumentos doutrinários que sempre surgirão, é que a eficácia dos direitos humanos sirva de parâmetros para as próximas cartas constitucionais, não meramente como formalidade, mas com vontade política e soberana de cada nação.

Vislumbra-se que em cada momento da história o princípio da igualdade representa um grau de conquista, pois inicialmente tinha como escopo eliminar os privilégios de nascimento, colocando todos os indivíduos num mesmo patamar perante a lei. Entretanto, a igualdade formal não é suficiente para superar as desigualdades, devendo ampliar este conceito para se alcançar a igualdade material.

O princípio da igualdade sempre esteve insculpido nos textos constitucionais brasileiros, contudo a igualdade sequer existiu em sua acepção formal, pois na vigência da Constituição de 1822 inspirada no movimento revolucionário francês do século XVIII e na da Constituição de 1824 o princípio da igualdade transitava com a legitimação da escravatura.

É somente com a Constituição Federal de 1988, que ao declarar um novo momento do constitucionalismo nacional se inaugura uma nova concepção de igualdade, pairando sobre as desigualdades sociais, econômicas, regionais, culturais presentes e consideradas no texto constitucional, em decorrência do pluralismo político e do reconhecimento da ocorrência da pobreza e da marginalização social e regional.

Existe uma grande distinção entre o princípio da igualdade na lei e o princípio da igualdade perante a lei, sobremaneira na medida em que aquela define que a produção das normas jurídicas não podem consubstanciar desigualdades não autorizadas pela norma constitucional, destinadas precipuamente aos órgãos legislativos, ao passo que esta determina

que a aplicação das regras jurídicas deva ser realizada de acordo com o estatuído pelas mesmas, ainda que resulte desigualdades, direcionadas, principalmente, aos órgãos judiciais, reunidas sob a elocução “iguais perante a lei”.

Outra divisão entre os princípios da igualdade formal (igualdade perante a lei) e o princípio da igualdade formal (igualdade real e efetiva na sociedade) é verificada, uma vez que a primeira assegura a produção e aplicação igualitária de regras jurídicas, enquanto a segunda tem como escopo a igualdade efetiva perante os bens da vida, sendo uma condição da outra, uma vez que a atribuição de direitos em paridade antecede à alteração da estrutura social e econômica, mediante a retirada de obstáculos que impeçam a sua efetiva verificação.

Ante a desigualdade do princípio da igualdade formal e material, emerge uma nova percepção do princípio da igualdade que supere o limite textual normativo (igualdade formal), passando a considerar as desigualdades reais factuais, ou seja, tornar propícia a igualdade do ponto de vista material.

Esta nova percepção sugere que para que se tenha uma igualdade de fato é necessário desequiparar as pessoas que se encontram em situações diferenciadas, utilizando-se de critérios desequiparatórios em termos jurídicos, ou seja, é por meio da lei que se dará um tratamento diferenciado a determinados grupos sociais com a finalidade de se obter maior igualdade substancial ou igualdade material.

Assim sendo, desde que justificadas as discriminações são permitidos os tratamentos jurídicos diferenciados, ante a reversão do conceito jurídico do princípio da igualdade, passando de um conceito negativo de condutas discriminatórias vedadas para um conceito positivo de condutas promotoras de igualdade jurídica. A inadmissibilidade da desequiparação só se torna ilegal e inconstitucional caso não exista correlação entre o elemento *discrimin* e os efeitos jurídicos perseguidos.

Nesse cenário, estabelecido entre a igualdade formal e a igualdade material, destaca-se o direito à diferença, que necessariamente deve sempre estar presente nos debates e discurso da arena política, bem como a defesa e a busca constante pela diversidade. Por outro lado, não há impedimento para o reconhecimento de direitos de grupos ou de categorias de pessoas, e não a um sujeito especificamente considerado, o que se poderia contestar.

Isso ocorre, por exemplo, com os denominados direitos de fraternidade, de terceira dimensão, que genuinamente trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem da figura do homem-indivíduo, destinando-se a proteção de grupos humanos, como família, povo, nação, caracterizando-os como direito de titularidade coletiva ou difusa.

O conceito de minorias pode ser obtido pela afirmação do que as minorias são, ou pela afirmação do que não são, que na epistemologia poderia ser designado por definição afirmativa ou negativa. É a diferença resultante de tudo que foi negado às minorias que se construir-se-á o seu conceito a partir daquilo que a distingue da maioria ou das massas.

Os elementos que constituem as minorias são o numérico, o da não dominância; o da cidadania; o da solidariedade entre seus membros para que as culturas, tradições, religiões ou idiomas sejam preservados. Não é possível levar em conta somente o aspecto numérico para caracterizar uma minoria. Para que seja protegida institucionalmente, não é necessário que esta minoria seja dominante no Estado em que está inserida.

Os grupos denominados vulneráveis são formados por indivíduos possuidores de direitos civis e políticos, possuem o direito de cidadão, contudo, a sociedade de maneira geral, macula certos direitos inerentes a estas pessoas vulneráveis. O fator numérico desfavorável aos grupos vulneráveis é que traz esta mácula, pois se o contrário fosse verdadeiro poderiam eles se rebelar contra a sociedade.

Os grupos vulneráveis apresentam, por vezes, como grande contingente, sendo exemplo disso, as mulheres, as crianças e os idosos; são destituídos de poder; mantêm a cidadania acima de tudo, não têm consciência de que estão sendo vítimas de discriminação e desrespeito e as vezes não sabem sequer que têm direitos.

Tanto os grupos vulneráveis como as minorias são vítimas de intolerância e discriminação, e o problema se agrava quando o Estado, ao invés de atender às necessidades destes grupos, tenta eliminá-los.

Mostra-se fundamental o papel do Estado nesta perspectiva, o qual deve implantar políticas públicas por meio da implementação das ações afirmativas, instrumentos capazes e necessários para diminuir as barreiras, buscando a pacificação e um bom convívio social, levando em consideração aquelas minorias que estão em posição de inferioridade e querem ser aceitas pelas majorias e também as exigências de tolerância e não discriminação, com a implementação de medidas especiais que permitam sua preservação e suas características coletivas étnicas, linguísticas e religiosas.

Na concretização dos direitos inerentes aos grupos vulneráveis com relação às minorias, a diferenciação destes grupos se torna indispensável, pois esta diferença poderá influenciar e trará efeitos concretos no tocante às necessidades específicas a cada grupo. Devem ser consideradas as características próprias de cada um desses grupos, sob pena da implementação das políticas públicas não trazerem nenhum benefício a este grupo.

É nessa situação que se deve observar a distinção entre grupos vulneráveis e minorias, pois, tal distinção poderá servir como norte ao poder público no momento de estipular ações no sentido de efetivar direitos inerentes a estes grupos. É obvio que o ideal seria atender a ambos, a todas às suas necessidades, porém, muitas vezes, isso não é possível, razão pela qual, segundo acreditam-se, o administrador mostra-se tendencioso a favorecer os grupos vulneráveis.

Assim sendo, a distinção entre grupos vulneráveis e minorias apresenta-se como fator de grande relevância e importância no cenário jurídico, principalmente no tocante à implementação de políticas públicas, sobretudo, das ações afirmativas. Doravante, é essencial que haja políticas públicas para manter viva a identidade das minorias étnicas, linguísticas e religiosas.

A política pública abordada neste trabalho supera aquela definição de uma mera prestação de serviço público, consistindo no exato cumprimento dos direitos fundamentais, tendo como ponto central a realização dos objetivos da República, mormente para a política pública efetivada mediante as ações afirmativas e o atendimento de minorias, bem como dos grupos vulneráveis. Neste sentido, imprescindível a análise do poder discricionário do administrador público na definição das prioridades e a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário tomar partido positivo ou negativo nessas ações afirmativas.

Os argumentos contrários à intervenção do judiciário nas questões pertinentes às políticas públicas trazem em seus discursos que isto equivaleria a atribuir ao Poder Judiciário um superpoder, o que implicaria em quebra da igualdade e violação do princípio das separação dos poderes; os juízes, por não terem sido eleitos, não são representantes do povo; isto geraria a judicialização da política, com graves prejuízos, principalmente no que tange à imparcialidade dos juízes; haveria a ditadura dos juízes. Em contraponto, para aquele que defende a intervenção paira sobre a tese de que os juízes possuem poderes para completar o ordenamento jurídico ou interpretar de modo a viabilizar a justiça, mesmo que, para isso, precise ir além do legislador; de igual maneira é de se ter em conta que a Constituição confere ao Supremo a sua guarda, isso sem contar que, no Brasil, qualquer juiz deve, pelo controle difuso de constitucionalidade, fazer prevalecer a Constituição, que é dotada de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, pelo que impossível se mostra o apego ao dogma do positivismo e da completude da legislação.

A possibilidade da intervenção do judiciário na implementação das ações afirmativas parece imprescindível, principalmente no tocante ao cumprimento daquelas destinadas ao atendimento das minorias, mais especificamente, no tocante às minorias étnicas, linguísticas e

religiosas, diante, justamente, da inércia dos poderes executivo e legislativo que se mostram tendenciosos pela implementação das ações afirmativas destinadas aos grupos vulneráveis e não às minorias.

A tarefa que se mostra fundamental é justamente a implementação do direito à igualdade imprescindível a qualquer modelo democrático, pois o processo democrático consiste justamente na igualdade no exercício dos direitos políticos, econômicos, sociais, civis e culturais, ou seja, a democracia demanda fundamentalmente do exercício em igualdade de condições dos direitos fundamentais elementares. Em última análise, se a democracia confunde-se com a igualdade, para a implementação do direito à igualdade, imprescindível se mostra o desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação como o desafio de promover a igualdade.

É imprescindível que se intensifiquem e aprimorem ações em prol do alcance desses dois desafios que se demonstram intrinsecamente ligados, e que por serem indissociáveis, não de ser implementados de forma conjugada para a implementação do direito à igualdade substancial. Necessita-se a combinação de táticas repressivas e promocionais que permitam a implementação do direito à igualdade. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada por mais 189 Estados, incluindo-se o Brasil, já apontava para a dupla vertente, qual seja, a repressiva punitiva e a promocional, onde os Estados-membros assumem não apenas o dever de adotar medidas que proíbam a discriminação racial, mas também o dever de promover a igualdade por meio da implementação de medidas especiais e temporárias que antecipem o processo de construção da igualdade étnica, linguística e religiosa.

Ponderando as especificidades do Brasil, que é o país que tem o maior contingente afrodescendente fora do continente Africano, tendo sido, porém, o último país do mundo ocidental em abolir a escravatura, mister se faz a adoção urgente de medidas decisivas para cessar o legado de exclusão étnico-racial, que além de comprometer a vigência dos direitos fundamentais, coloca em risco a própria democracia do país, sob pena de termos uma democracia sem cidadania.

Se os direitos fundamentais não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução, como realçou com grande maestria Arendt, redundaria dizer que a violação desses direitos também o é. As violações, as discriminações, as exclusões, os racismos, as intolerâncias, as injustiças raciais, étnicas, linguísticas e religiosas são um construído histórico que merece ser desconstruído de forma urgente, tornando-se emergencial a adoção de ações afirmativas eficazes para romper este

legado exclusão étnico-racial, inseridas e derivadas neste contexto, as minorias étnicas, linguísticas e religiosas e promover o pleno exercício de seus direitos e de liberdades fundamentais.

É necessário que o Brasil, que ocupa lugar de destaque no ranking mundial da desigualdade, desperte e rume no sentido da sua diminuição, por meio de regras e diretrizes capazes de superar a igualdade meramente formal-negativa, transcendendo para a igualdade material-positiva. Nesta direção, verificar-se-á que as ações afirmativas se revelam como importantes instrumentos para a erradicação das desigualdades históricas, a fim de fomentar a equiparação social e neutralização das discriminações fáticas e intolerâncias em face às minorias (ex: migrantes, refugiados, apátridas, indígenas, homossexuais, pessoas portadoras de necessidades especial, crianças, ciganos, grávidas, etc.) e aos grupos vulneráveis (ex: mulheres, negros e pobres), além de possibilitar que a sociedade brasileira possa, um dia, ter a noção, mesmo que de forma rudimentar, do que seja a dignidade da pessoa humana e a igualdade de acesso aos direitos e liberdades fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

ALVES, Fernando de Brito. **Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática**. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP: Jacarezinho, 2009.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

AQUINO, Santo Tomás. **Suma Teológica**. P. I, Q. 47. São Paulo: Loyola, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Editora: Saraiva Jurídicos, 2010.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro. Companhia das Letras, 1979.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. São Paulo: RCS Editora, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1967/69**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BARBOSA, Ruy. **Oração dos moços**. São Paulo: Martins Claret, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. Revista. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARTH, Fredrik. **Los grupos étnicos e sus fronteras**. Fondo de Cultura Economica. México. 1976.

_____. **Ethnic Groups and Boundaries: the Social Organization of Culture Difference**. Illinois: Waveland Press Inc., 1969 (1998).

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOÉCIO. Severino. **Escritos (OPUSCULA SACRA)**. Tradução, introdução, estudos introdutórios e notas Juvenal Savian Filho. Prefácio de Marilena Chauí. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da república federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Constituição política do Império do Brasil (1824)**. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1937)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. **Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1967)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. **Decreto nº 4.738, de 12 de junho de 2003**. Promulga a Declaração Facultativa prevista no art. 14 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, reconhecendo a competência do Comitê Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial para receber e analisar denúncias de violação dos direitos humanos cobertos na mencionada Convenção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4738.htm>. Acesso em: 17 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 30.822, de 06 de maio de 1952**. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=108254>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

_____. **Agravo de Instrumento nº 207.130-1/SP**. Supremo Tribunal Federal (2. turma). Relator Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça, seção I, 3 abr. 1998, p. 45.

_____. **Recurso Extraordinário n.º 453.740**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 28 fev. 2007. Diário de Justiça 24 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=45>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.305**. Relator(a): Min. Eros Grau. Julgamento em 13 nov. 2006. Diário de Justiça 24 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=42>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/MC/DF22**. Relator(a): Min. Celso de Mello. Diário de Justiça 04 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 13 mai. 2017.

BRITO, Jaime Domingues. Minorias e grupos vulneráveis: aquilatando as possíveis diferenças para os fins de implementação das políticas públicas. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOP**. Disponível em: <<file:///C:/Users//Downloads/145-287-1-SM.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed.. Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 2003.

CAPOTORTI, Francesco. **Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities**. Geneva: Center for Human Rights, 1991.

CERQUEIRA, T. T. P. L. de P. Reserva de cotas para negros em universidades: discriminação? São Paulo: **Juris Síntese IOB**, jan./fev. 2006. 1 CD

CÍCERO, Marco Túlio. Da República. Trad. Amador Cisneiros. 5ed. Rio de Janeiro: Ediouro. 1985.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONVENÇÃO internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965). Disponível em: <www.onu-brasil.org.br/doc_cs.php>. Acesso em: 11 jan. 2017.

CONVENÇÃO sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (1979). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-da-Mulher/convencao-sobre-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher.html>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

COSTA, Álvaro Augusto Ribeiro. Dificuldades internas para a aplicação das normas internacionais de proteção aos direitos humanos no Brasil. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San Jose: C. R.; Brasília: Idh, 1996.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **Problemas de direito positivo: estudos e pareceres**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos (1948). Disponível em: <www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: _____.

DECLARAÇÃO da Conferência Mundial Contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância (2001). Publicada em: 31 de agosto a 8 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.un.org/WCAR/durban.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

DIMENSTEIN, Gilberto. **Meninas da noite: a prostituição de meninas-escravas no Brasil**. São Paulo: Ática. 1992.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DWOKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ERA AXIAL. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Era_Axial>. Acesso em: 14 fev. 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIORAVANTE, T. M.; MASSONI, T. de O. Ações afirmativas no direito do trabalho. **Revista LTr**, v. 69, n. 4, abr./2005.

FRASER, Nancy. Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia. In: **Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia Y la Cultura**. *Informe mundial sobre la cultura: 2000-2001*.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Editora Max Limonad, [s.d.].

GOMES, J. B. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2001.

_____. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: (o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O debate constitucional sobre ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (Orgs). **Ação Afirmativa – políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Para a construção do materialismo histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HELLER, Agnes.; FEHER, F. Equality reconsidered. **Thesis Eleven**, n.3, pp.23-40, 1981.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. [s.l.]: [s.n.], 1991.

HORNBY, Albert Sidney and [C. Ruse]. **Hornby on hornby and the advanced learner's dictionary**. Tokyo: Oxford University Press. 1974.

ÍNDIA. Constituição da Índia (1950). Disponível em:
<<http://www.un.int/permreps/india.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

JACQUES, Paulino Ignácio. **Da igualdade perante a lei: fundamento, conceito e conteúdo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

JASPERS, Karl. **The origin and goal of history** (Routledge Revivals). Routledge. 1953.

JORNAL notícias da cidade. Cotistas têm melhores notas em universidades, segundo Ipea. Publicado em: 26 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.jornalnc.com/noticia?351-Cotistas-t?m-melhores-notas-em-universidades,-segundo-Ipea>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

LAFER, Celso. **A reconstrução histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Cia das Letras, 1998.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MARTIN Luther King. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Martin_Luther_King_Jr.>. Acesso em 14 fev. 2017.

MAZARÍO, José Maria Contreras. **Las naciones unidas y la protección de las minorias religiosas: de la tolerância a la interculturalidad**. Tirant monografías. España, Universidad de Sevilla Pablo D'Olavide, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Marco Aurélio. **Ótica constitucional: a igualdade e as ações afirmativas**. Palestra proferida no Seminário Discriminação e Sistema Legal Brasileiro, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 20 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100069&sigServico=noticiaArtigoDiscurso>>. Acesso em: 27 jan. 2017.

MENEZES, Paulo Lucena. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norteamericano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIGLIORI, Maria Luci Buff. **horizontes do perdão**: reflexões a partir de Paul Ricoeur e Jacques Derrida. 1. ed. São Paulo: Editora Educ Puc, 2009.

MINISTÉRIO das Relações Exteriores. As Nações Unidas e as Políticas de Redução da Desigualdade Racial. Brasília, 3 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/portal-antigo/arquivos/onu.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

MINORIA. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

MORENO. Jamile Coelho. Conceito de minorias e discriminação. **Revista USCS**. n. 17. p. 12. jul./dez. 2009.

NAMÍBIA. Constituição da Namíbia. Disponível em: <<http://www.un.int/permreps/namibia.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. Estado democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil. In: MAIO, Marcos C.; SANTOS, Ricardo V. (Orgs). **Democracia e sociedade**. Rio de Janeiro: Fiocruz/Centro Cultural Banco do Brasil, 1996.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988**: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINHO, L. de O. **Princípio da igualdade**: investigação na perspectiva do gênero. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2005.

PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial. In: **Rede Direitos Humanos e Cultura**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_racial.html>. Acesso em: 23 jan. 2017.

PIRES, Maria José Moraes. A discriminação positiva no direito internacional e europeu dos direitos do homem. In: **Documentação e Direito Comparado**, n. 63/64, 1995.

PLATÃO. **República**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbbenkian, 2001.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, jul/set. 1996.

_____. **Direito de todos e para todos**. 2. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2008.

_____. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, Malheiros, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Lourdes Santos Machado. Coleção: Os Pensamentos. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

SACHS, I. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: PINHEIRO, P. S.; GUIMARÃES, S. P. (Orgs.). **Direitos humanos no século XXI**. Brasília: Ipiri, Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTO AGOSTINHO. **A cidade de Deus**. São Paulo: Américas, 1964. v.3.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2006.

_____. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras complementares de constitucional**: direitos fundamentais. 2. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2007.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Alexandre Vitorino. **O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

SILVA, Selênia Gregoy Luzzi da. **Ações Afirmativas: um instrumento para promoção da igualdade efetiva**. 2010. 157 f. Dissertação de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. Pró Reitoria de Pós-graduação e Pesquisa. Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

SISTEMA de castas da Índia. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Sistema_de_castas_da_%C3%8Dndia>. Acesso em: 14 fev. 2017.

SOWELL, Thomas. **Ação afirmativa ao redor do mundo**: estudo empírico. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Método, 2014.

VILAS-BOAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WALKER, David M. **The oxford companion to law**. Oxford: Clarendon, 1980. Verbetes "Law and Religion".

WIRTH, L. The problem of minority groups. In: LINTON, R (org). **The science of man in the world crisis**. New York: Columbia University Press, 1945.

WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: lei, derechos, justicia**. Tradução de Maria Gascón. Colección estructuras y procesos: série derecho. Madrid: Editorial Trota, 1995.